

Die Prozessverweisung im deutschen und im Zürcher Zivilprozess

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
HANS SCHALCH
von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Buchdruckerei Hermann Akerets Erben, Dielsdorf-Zürich

1953



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507223_0060

Die Prozessverweisung im deutschen und im Zürcher Zivilprozess

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
HANS SCHALCH
von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Buchdruckerei Hermann Akerets Erben, Dielsdorf-Zürich

1953

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 21. Februar 1953



Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Grundsätzliche Betrachtungen

I. Der Grundsatz der Prozessökonomie i. a.	1
II. Beziehungen zwischen der Zuständigkeitsordnung und dem Grundsatz der Prozessökonomie	4
III. Wesen und Grundzüge der Verweisung nach der deutschen Zivilprozessordnung	7

2. Kapitel: Die Verweisung nach der deutschen ZPO

I. Begriff der Verweisung	11
II. Die gesetzliche Regelung	11
III. Ausgestaltung und Durchführung der Verweisung	13
1. Prüfung und Entscheid über die Zuständigkeit	13
2. Voraussetzungen der Verweisung	16
a) Sachliche oder örtliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes	16
b) Antrag auf Verweisung	16
c) Bestimmbarkeit des zuständigen Gerichts	17
3. Der Verweisungsbeschluss	19
a) Erlass des Beschlusses	19
b) Verweisung des ganzen Rechtsstreites	20
c) Unabänderlichkeit und Unwiderruflichkeit	22
d) Die bindende Kraft des Beschlusses	22
e) Unanfechtbarkeit	24
f) Beschwerde, Berichtigung, Bestimmung durch das höhere Gericht	24
4. Wirkung der Verweisung	25
a) Anhängigkeit	25
b) Fortdauer der Vollmacht	27
c) Kostenregelung	27
5. Verweisung an die Kammern für Handelssachen und die Zivilkammern	31
a) Allgemeines	31
b) Verweisung an die Kammer für Handelssachen	32
aa) Allgemeines	32
bb) Verweisung von der Zivilkammer an die Kammer für Handelssachen	33
c) Verweisung von der Kammer für Handelssachen an die Zivilkammer	33
6. Die Verweisung in der Rechtsmittelenstanz	35
a) Grundsätzliches	35
b) Im Verhältnis zwischen der Kammer für Handelssachen und der Zivilkammer	36
7. Die Verweisung im Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Sondergerichten	38
a) Grundsätzliche	38
b) Verweisung im arbeitsgerichtlichen Verfahren	39

aa) Im Verhältnis zwischen den Arbeitsgerichten und den ordentlichen Gerichten	39
bb) Im Verhältnis der Arbeitsgerichte untereinander	40
8. Die Verweisung in den verschiedenen Verfahren	41
a) Allgemeines	41
b) Das amtsgerichtliche Urteilsverfahren	41
c) Das Güteverfahren	43
d) Das Verfahren vor dem Einzelrichter	44
e) Das Armenrechtsverfahren	45
f) Das Versäumnisverfahren	45
g) Das Verfahren bei Entscheidung nach Lage der Akten	46
h) Das Mahnverfahren	47
i) Offenbarungseid und Haft	49
k) Der Arrestprozess	49
l) Das Verfahren der Wiederaufnahmeklage	50
m) Das Aufgebotsverfahren	51
n) Das Verfahren des Schiedsgerichts	52
IV. Zur Geschichte der Verweisung	54
V. Exkurse	62
1. Normen der deutschen ZPO, die Streitigkeiten über die Zu- ständigkeit einschränken	62
a) Zuständigkeit kraft gerichtlicher Bestimmung	62
b) Zuständigkeit kraft Parteiverhaltens (Prorogation)	64
c) Einzelne Bestimmungen	66
2. Die Verweisung im Rahmen der gesamten deutschen Recht- sprechung	67
A. Zulässigkeit des Rechtsweges	67
a) Zivilprozess-Sachen kraft Zuweisung	68
b) Beschränkung des Rechtsweges	68
c) Verwaltungssachen kraft Zuweisung	68
d) Die bürgerliche Rechtsstreitigkeit	68
e) Die Erweiterung des Begriffes der bürgerlichen Rechts- streitigkeit	69
B. Der Kompetenzkonflikt	70
C. Die freiwillige Gerichtsbarkeit	71
D. Zusammenfassung	71
3. Kapitel: <i>Die Prozessverweisung im Zürcher Zivilprozess</i>	
I. Grundsätzliches	72
II. Die Verweisung nach ZPO § 133 II	75
III. Die Verweisung nach GVG § 82	79
IV. De lege ferenda	84
1. Grundsätzliches	84
2. Vorschlag	85
A. Bemerkungen zum Vorschlag	85
B. Vergleich mit der deutschen Regelung	88
V. Anhang	90

Literatur- und Quellenverzeichnis

I. Kommentare, Lehrbücher, Monographien

- Bergmann, Hanns: Die Verweisung nach geltendem Recht. Inaugural-Diss. Leipzig 1913.
- Baumbach, Adolf: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und andern Nebengesetzen. Beck'sche Kurz-Kommentare, 19. Auflage von Wolfgang Lauterbach zit.: Baumbach
- Bülow, Oskar: Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868 und ZZP 27 244 ff
- Fehr, Hansjörg: Das Novenrecht, Diss. Zürich 1949
- Fleiner-Giacometti: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
- Guldener, Max: Das Schweizerische Zivilprozessrecht, 2 Bde, Zürich 1949
- Hellwig, Konrad: System des Deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1912
- Hellwig, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 2 Bde, Leipzig 1903/1907
- Kohler, Josef: Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888
- Nikisch, Arthur: Zivilprozessrecht, Tübingen 1950
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 5. Auflage, München und Berlin 1951
- Seuffert von: Die Verweisung des Rechtsstreites an das zuständige Gericht, ZZP 40 169 ff
- Schmidt, Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906
- Schönke, Adolf: Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Karlsruhe 1949
- Stein, Friedrich und Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 17. Auflage von Adolf Schönke, Tübingen 1949 zit.: Jonas
- Schwartz, Johann Christoph: 400 Jahre deutscher Civilprozessgesetzgebung, Berlin 1898
- Sträuli, Hans: Zürcherische Rechtspflegegesetze I, Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Auflage, Zürich 1935
- Sträuli, Hans und Hauser, Willy: Zürcherische Rechtspflegegesetze II, Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1939
- Troller, Alois: Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Basel 1945
- Wach, Adolf: Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1885

II. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

D e u t s c h l a n d :

- Archiv für zivilistische Praxis, Tübingen
- Bayrisches Oberstes Landesgericht, München, seit 1906
- Deutsche Juristen-Zeitung, Berlin 1896—1936
- Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Berlin seit 1839
- Deutsches Recht, Berlin 1931—1945
- Deutsche Rechtszeitschrift, Tübingen seit 1946 (vorher Deutsche Richterzeitung, Hannover seit 1909)

- ArchZivPrax
- BayObLG
- DJZ
- DJ
- DR
- DRZ

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig 1880 bis 1919; Berlin 1919—1945	RG
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, Berlin 1928—1944	RAG
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Berlin 1865—1933	GruchBeitr
Höchststrichterliche Entscheidungen in Zivilsachen, seit 1948	HEZ
Höchststrichterliche Rechtsprechung (bis 1937: Die Rechtsprechung, Beilage der Zeitschrift Juristische Rundschau) Berlin 1928 bis 1942	HRR
Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltvereins, Leipzig und Berlin seit 1871	JW
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, Leipzig 1907—1933	LZ
Monatsschrift für deutsches Recht, Hamburg seit 1947	MDR
Neue Juristische Wochenschrift, München seit 1947	NJW
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, 1901 ff	RsprOLG
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht	RheinZ
J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, München 1847—1944	SeuffArch
Süddeutsche Juristenzeitung, Heidelberg 1947—1950, Tübingen 1951	SJZ*
Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts; seit 1942 Warneyer Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts	Warn
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, München und Berlin, seit 1934	AkadZ
Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Berlin seit 1879	ZZP

S c h w e i z :

Schweizerische Juristenzeitung, Zürich seit 1904	SJZ**
Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich seit 1902	ZR
Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung	BGE
Unveröffentlichte Entscheide des Zürcherischen Obergerichts und des Bezirksgerichts Bülach	

* Im 1. und 2. Kapitel

** Im 3. Kapitel

Weitere Literatur in den Anmerkungen

III. Rechtsquellen

D e u t s c h l a n d :

Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. Dezember 1926	ArbGG
Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896	BGB
Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877	EGGVG
Entwurf einer Zivilprozessordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1931	

Gesetz betreffend Einführung der Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877	EGZPO
Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878	GKG
Mieterschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1942 und der Verordnung über Aenderungen des Mieterschutzrechts vom 7. November 1944	MSchG
Deutsches Beamtengesetz vom 26. Januar 1937	DBG
Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. Februar 1924	Nov. 24
Verordnung zur Entlastung der Gerichte vom 9. September 1915	EntlVO
Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877	GVG
Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877	ZPO
Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950	REinhG

S c h w e i z :

Bundesverfassung vom 29. Mai 1874	BV
Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889	SchKG
Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907	ZGB
Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen vom 29. Januar 1911	GVG
Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913, rev. am 7. April 1935	ZPO

Wertvolle Anregungen konnte ich anlässlich eines Aufenthaltes am Landgericht Lüneburg von Herrn Dr. Rudolf Weymar, Senatspräsident a. D., Landgerichtsdirektor am Landgericht Lüneburg, entgegennehmen. Ihm sei an dieser Stelle bestens gedankt.

Grundsätzliche Betrachtung

I. Der Grundsatz der Prozessökonomie i. a.¹⁾

Das Zusammenleben der Menschen unterliegt den Normen der Rechtsordnung. Vermöge des Privatrechts, von dem hier allein die Rede ist, das die Beziehungen der Menschen auf dem Boden der Gleichordnung regelt, erlangt der Einzelne Rechte, die zumeist eine Verpflichtung eines anderen Menschen mit sich bringen. Dieses Zivilrecht allein genügt solange zur Ordnung der menschlichen Beziehungen, als ihm auch tatsächlich nachgelebt wird. In der Regel ist es auch so, dass Recht und Gesetz befolgt werden. Die grosse Mehrzahl der Schuldner leistet ohne Zwang, sei es aus Rechtsgefühl, sei es des gesellschaftlichen Ansehens wegen oder aus Angst vor den Folgen eines Rechtsbruches und aus ähnlichen Gründen. Sobald aber eine Verpflichtung nicht erfüllt, ein Recht verletzt wird, sobald die Meinungen über das, was nach Gesetz rechtens sei, auseinandergehen, genügt die materielle Rechtsnorm als solche nicht mehr zur Erhellung oder Herstellung der streitigen oder verletzten Rechtsordnung.

Die nächstliegende und historisch auch älteste Lösung dieses Problems ist die Durchsetzung des Rechts durch Selbsthilfe. Die Selbsthilfe ist aber auch das primitivste Mittel, und sie ist mit derartigen Mängeln behaftet, dass sie im heutigen Staatswesen als ordentliches Mittel zur Durchsetzung der gesetzlichen Normen völlig undenkbar und deshalb bis auf rudimentäre Reste auch verboten ist. Der Staat darf sich nicht damit begnügen, Normen aufzustellen, die die menschlichen Beziehungen regeln und die Verwirklichung des von ihm gesetzten Rechts den Privaten zu überlassen. Würde er dies tun, so wäre gerade das durch die Normierung angestrebte Ziel, die Wahrung des öffentlichen Friedens, die Schaffung von Rechts-

¹⁾ Rosenberg S. 1 ff; Schönke S. 1 ff; Nikisch S. 1 ff; Wach S. 3 ff; Hellwig System S. 1 ff; Stein S. 1 ff; Schmidt S. 1 ff; Kohler in ArchZivPrax 97 1; Jonas, Einleitung I C, D, E vor § 128; Baumbach, Einleitung III 1—4 vor § 1, Grundsätze 2 vor § 128; Walsmann in RheinZ 12 414.

sicherheit, deren Fehlen Handel und Wandel lähmt und das Staatswesen aufs schwerste schädigt, nicht erreicht.

Der Staat muss also an Stelle der Selbsthilfe, die das Recht nur dann durchsetzt, wenn es (zufälligerweise) beim Stärkeren liegt, den Rechtssuchenden Mittel zur Verfügung stellen, die ihnen erlauben, das materielle Recht zu verwirklichen, und die dadurch gleichzeitig die Rechtsordnung, an der die staatliche Gemeinschaft ein eminentes Interesse hat, aufrecht erhalten.

Der Staat erfüllt diese seine Pflicht durch den Zivilprozess.

Die erste Aufgabe des Zivilprozesses ist es, den Parteien Rechtsschutz zu gewähren und so die Verwirklichung des materiellen Rechts zu ermöglichen. Es ist aber keineswegs unwesentlich, wie, auf welche Art und Weise er seine Hauptaufgabe erfüllt. Das Verfahren muss so gestaltet werden, dass die Rechtsverwirklichung in möglichst zweckmässiger Weise erreicht wird, denn jede Komplizierung birgt die Gefahr in sich, dass der Zivilprozess sein Ziel nicht oder nur mangelhaft erreicht. Ein Verfahren, das die Erledigung eines Rechtsstreites nur langsam und schleppend gestaltet, verstösst gegen das Interesse des Staates an unverzüglicher Herstellung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit und hemmt die Parteien; ein Prozess, der sich formellen Tüfteleien verschrieben hat, wird leicht Selbstzweck, erschwert nutzlos die Durchsetzung des materiellen Rechts und lässt kein Vertrauen in die Rechtssprechung aufkommen. Kann der Rechtsweg nur unter aussergewöhnlich hohen Kosten beschritten werden, so bedeutet das in der Praxis einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetz und schädigt den Unbemittelten bei der Durchsetzung seiner Rechte.

Bei der Schaffung von Zivilprozessrecht muss somit darauf Bedacht genommen werden, dass Prozessrecht Zweckmässigkeitsrecht ist und nie Selbstzweck werden darf.

Dieser Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit gilt sowohl für den Gesetzgeber wie auch für den Richter und die Parteien.

Für den Gesetzgeber bedeutet die Forderung nach Zweckmässigkeit im Prozess, dass er ein Verfahren schafft, das alle Momente, die zur Verwirklichung, zur Durchsetzung des Rechts notwendig sind, so berücksichtigt, dass der Prozesszweck auf einfache, schnelle und billige Art erreicht wird.

Der Richter und die Parteien aber haben das Verfahren, das ihnen der Gesetzgeber zur Verfügung stellt, so zu gestalten, dass im einzelnen Fall das Ziel des Prozesses, die Herstellung des Rechtsfriedens, auf dem einfachsten, zweckmässigsten und billigsten Wege erreicht wird.

Die Forderung nach einem ökonomischen Verfahren richtet sich aber naturgemäss in erster Linie an den Gesetzgeber; denn sowohl der Richter wie die Parteien müssen die geltenden zwingenden Vor-

schriften des Prozessrechtes selbst dann anwenden, wenn diese im einzelnen Falle unzweckmässig erscheinen und zur Verzögerung des Verfahrens führen²⁾).

So wichtig aber die Beachtung des Grundsatzes der Prozesswirtschaftlichkeit auch sein mag, so falsch wäre es, ihm eine überhöhte Bedeutung zuzusprechen. Jede prozessuale Norm nimmt, direkt oder indirekt, in stärkerem oder schwächerem Masse Einfluss auf das Verfahren, auf die Dauer und auf die Art und Weise seines Ablaufes. Aber nicht jede Norm darf primär unter dem Gesichtswinkel der Prozessökonomie betrachtet werden. Es ist zu unterscheiden zwischen den die Zivilprozessordnung tragenden Normen, die von so grundsätzlicher Bedeutung sind, dass die Frage der Wirtschaftlichkeit vor ihnen zurücktreten muss³⁾, und den Normen, die lediglich den formellen Gang regeln.

An den fundamentalen Normen darf solange nicht gerüttelt werden, als man die grundlegenden Prinzipien des Zivilprozessrechtes nicht preisgeben will; die Forderung nach rascher, billiger und einfacher Erledigung des Prozesses hat hinter sie zurückzutreten.

Die rein formellen Normen hingegen dürfen sehr wohl einer Prüfung auf ihre Zweckmässigkeit hin unterzogen werden. Das Ziel

²⁾ Nach der heute geltenden Lehre vom Prozess entspringt die Forderung nach Prozessökonomie, soweit sie sich an Gericht und Parteien wendet, dem Begriff des Prozessverhältnisses, das nach der h. M. dreiseitig ist und die Gerichtsbehörde und die beiden Parteien umfasst: Der Prozess als Rechtsverhältnis schafft gegenseitige Pflichten in den Beziehungen der Parteien zum Gericht und im Verhältnis der Parteien zueinander. Das Gericht als öffentlich-rechtliche Institution hat die Pflicht, den Rechtssuchenden bei der Durchsetzung des sachlichen Rechts so zu dienen, dass (unter Wahrung der Prozessvorschriften) ihr Streit so schnell, so einfach und so billig wie möglich entschieden wird. Dadurch wird gleichzeitig der Gemeinschaft geholfen, für die sich jeder Rechtsstreit als Störung des Rechtsfriedens und damit als Uebel darstellt. Die Parteien aber, die gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, haben dem Gericht bei der Durchführung seiner Aufgabe behilflich zu sein und seine Tätigkeit zu unterstützen, anderseits aber auch auf die Belange des Gegners Rücksicht zu nehmen, soweit sie das eigene Rechtsverlangen zulässt, insbesondere den billigsten und einfachsten Weg zur Erreichung ihres Zieles zu wählen. Rosenberg S. 6 ff, Baumbach § 128 Grundzüge 2 F. Vgl. Oskar Bülow: Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868 und ZJP 27 224 ff; James Goldschmidt: Der Prozess als Rechtslage, 1925; Josef Kohler: Der Prozess als Rechtsverhältnis, 1888.

³⁾ Z. B. die Normen, die den Instanzenweg stipulieren: Selbstverständlich werden durch die Ueberprüfung des erstinstanzlichen Urteils durch ein zweites Gericht die rechtskräftige Entscheidung hinausgeschoben und ausserdem die Prozesskosten erhöht. Aber da die Ueberprüfung auf dem Wege des Rechtsmittelverfahrens unabdingbar ist, wenn das höchste Ziel des Prozesses, die Verwirklichung dessen, was nach Gesetz rechtens ist, erreicht werden soll, muss eben die längere Dauer und die Verteuerung in Kauf genommen werden.

einer solchen Ueberprüfung ist es, den Prozess von entbehrlichen Formvorschriften zu entlasten, unentbehrlichen aber die Form zu geben, die (immer bei Wahrung der grundsätzlichen Leitgedanken) für Parteien und Gericht den Prozess möglichst einfach gestaltet, ihn möglichst rasch abwickelt, und zwar unter möglichst geringen Kosten. Ein derart gestalteter Prozess muss angestrebt werden; denn nur er stellt nicht nur den wahren Rechtsfrieden her, sondern beschränkt auch den Schaden, den jeder Rechtsstreit darstellt, auf ein Minimum, ganz abgesehen von der Festigung des Rechtsgefühls im Volke und des Vertrauens zur Justiz, wie sie durch einen raschen und nicht mehr als nötig formenbeladenen Prozess erreicht werden.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit Fragen der Zuständigkeitsordnung; die Ueberprüfung der Prozessnormen auf ihre Wirtschaftlichkeit muss sich somit auf eine grundsätzliche Untersuchung der Regeln über die Zuständigkeit im Lichte der Prozessökonomie beschränken.

II. Beziehungen zwischen der Zuständigkeitsordnung und dem Grundsatz der Prozessökonomie ⁴⁾

Unter Zuständigkeit eines Gerichtes im objektiven Sinne ist sein Geschäftskreis zu verstehen. Im subjektiven Sinne bedeutet Zuständigkeit für das Gericht das Recht und die Pflicht, in einem bestimmten Rechtsstreit in Funktion zu treten. Für die Parteien bedeutet sie die Unterworfenheit unter eben dieses Gericht.

Von der Zuständigkeit zu unterscheiden ist die interne Geschäftsverteilung zwischen den verschiedenen Spruchabteilungen derselben Gerichtsbehörde.

Der Grund für die Notwendigkeit, die Tätigkeit der Gerichte in Geschäftskreise einzuteilen, ist in praktischen Ueberlegungen zu suchen; die Zuständigkeitsordnung beruht in erster Linie auf Zweckmässigkeitserwägungen und dient der Aufgabe, dem Rechtssuchenden auf wirksamste Weise Rechtsschutz zu gewähren. Die Zuständigkeitsverteilung bedeutet zwar keineswegs eine Begrenzung der Gerichtsgewalt, denn jedem ordentlichen Zivilgericht steht die Gerichtsgewalt über jeden Zivilrechtsstreit zu. Auch das Urteil eines an sich unzuständigen Gerichts kann Rechtskraft und damit volle Geltung erlangen (z. B. wenn es nicht angefochten wird).

Aber der Richter soll und darf grundsätzlich nur einen materiellen Entscheid fällen, wenn er zuständig ist ⁵⁾ und der um Rechts-

⁴⁾ Rosenberg S. 113 ff; Nikisch S. 83 ff; Guldener S. 65 ff.

⁵⁾ Rosenberg S. 116.

schutz Nachsuchende soll dort klagen, wo ihn die Zuständigkeitsordnung hinweist.

Die Zuständigkeitsordnung hat also ihren guten Sinn und dient in grossem Masse der wirtschaftlichen Verwirklichung des materiellen Rechts. Diese Vorzüge der Zuständigkeitsordnung dürfen aber nicht dazu verleiten, sie in voller dogmatischer Strenge durchführen zu wollen. Es darf nicht vergessen werden, dass sie eben doch nur eine Zweckmässigkeitsnorm ist, dass an ihrer konsequenten Durchbildung dann nichts mehr liegt, wenn diese die Erreichung des Prozesszieles, nämlich die gerechte Entscheidung des Prozesses und die Wiederherstellung des Rechtsfriedens, in unwirtschaftlicher Weise erschwert⁶⁾.

Die heutigen Prozessgesetze der europäischen Länder enthalten denn auch in mehr oder weniger starkem Masse Normen, die von einer dogmatisch straffen Durchführung des Zuständigkeitsprinzipes⁷⁾ Abstand nehmen. Diese Regeln⁸⁾ setzen sich über die grundsätzliche Geltung der Zuständigkeitsordnung hinweg und lassen ein an sich unzuständiges Gericht wirksam tätig werden. Immer wieder tritt dabei das Bestreben zutage, der zweckmässigen Durchführung des Rechtsstreites gegenüber den Grundsätzen der formalen Strenge zum Durchbruch zu verhelfen.

Aber wenn auch die Zuständigkeitsverteilung so praktisch und wirtschaftlich wie möglich vorgenommen werden soll, so ist doch nicht zu verkennen, dass die Zuständigkeitsnormen nicht ausschliesslich von nüchternen Zweckmässigkeitserwägungen diktiert sind. Wie das gesamte Prozessrecht, hängt ihre Gestaltung wesentlich davon ab, wie das Verhältnis des Einzelnen zur Gemeinschaft betrachtet wird, in welchem Umfange dem Grundsatz der Parteiherrschaft in den einzelnen Prozessordnungen Rechnung getragen wird. Die Zürcher ZPO, die den Prozess in weitestem Umfange der Herrschaft der Parteien überlässt, beschränkt deshalb auch die Tätigkeit des Richters im Zuständigkeitsrecht auf ein geringeres Mass als etwa die deutsche ZPO, die dem Richter im Falle der Unzuständigkeit die Verweisung des Rechtsstreites an das zuständige Gericht vorschreibt, die nach der Zürcher ZPO dem Richter, von Ausnahmefällen abgesehen, verwehrt ist.

⁶⁾ Anders z. B. wenn es sich um den Grundsatz des rechtlichen Gehörs handelt; dieser ist von so grundsätzlicher Bedeutung für das Wesen unseres Zivilprozesses, dass er dogmatisch konsequenter durchgeführt werden muss und prozessökonomische Ueberlegungen in den Hintergrund zu treten haben. Aber auch hier prozessökonomische Elemente, z. B. Peremptorisierungsfolgen.

⁷⁾ Vom Grundsatz: nur der zuständige Richter soll und darf entscheiden.

⁸⁾ Z. B. Möglichkeit, die Zuständigkeit eines unzuständigen Gerichts zu vereinbaren; Vermutung der stillschweigenden Prorogation bei Einlassung auf die Hauptsache ohne Rüge der Unzuständigkeit; Ausschluss der Aufhebung eines Urteils wegen mangelnder Zuständigkeit usw.

Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes gehört zu den ersten Prozessvoraussetzungen und muss deshalb schon im Anfangsstadium des Rechtsstreites von Amts wegen geprüft werden, und zwar als örtliche, d. h. nach räumlichen Beziehungen, nach Gerichtssprengeln geordnete, weiter als sachliche nach der Art des Streitgegenstandes, und schliesslich als funktionelle nach der Verteilung der verschiedenen Rechtspflegeorgane bestimmte⁹⁾. Den Parteien steht die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts zu. Sie muss ebenfalls bei Beginn des Rechtsstreites vorgebracht werden.

Das Gericht prüft zwar seine Zuständigkeit an Hand des vom Kläger erhobenen Anspruchs und der von ihm aufgestellten Rechtsbehauptung von Amtes wegen, ohne dass es zunächst darauf ankommt, ob diese Rechtsbehauptung wirklich zutrifft. Hängt aber die Zuständigkeit von dem Vorliegen weiterer selbständiger Tatsachen ab, etwa im Falle des allgemeinen Gerichtsstandes am Wohnsitz des Beklagten oder am Orte seines Aufenthaltes, so müssen diese im Streitfalle vom Kläger nachgewiesen werden¹⁰⁾.

Es lässt sich nicht bestreiten, dass die Prüfung der Zuständigkeit in diesen Fällen zu einer Belastung des Verfahrens werden kann, die Mehrarbeit, Zeit und Kosten verschlingt, ohne dadurch dem eigentlichen Prozesszweck, nämlich der Feststellung des materiellen Klageanspruchs, zu dienen.

Kommt das Gericht bei dieser Nachprüfung dazu, seine Zuständigkeit zu verneinen, so muss es die Klage von der Hand weisen, sofern das Gesetz — die ZPO unter gewissen, später zu erörternden Voraussetzungen — keine Verweisung kennt. Der Kläger hat die entstandenen Kosten zu tragen und muss eine neue Klage vor dem zuständigen Gericht anheben, und zwar muss er das ganze Verfahren von Beginn an nochmals durchlaufen. Diese Konsequenz der Zuständigkeitsprüfung stimmt nun schon bedenklicher, ganz besonders dann, wenn die Abweisung der Klage den Rechtssuchenden überhaupt vom Recht ausschliesst, was eintritt, wenn eine absolute Frist abgelaufen ist, bevor der neue Prozess anhängig gemacht werden konnte. Abgesehen von diesem Falle, wo die Durchsetzung des Rechts an einer gesetzlichen Norm scheitert, muss auch der Umstand berücksichtigt werden, dass der Kläger durch die Abweisung und die entstandenen Kosten entmutigt auf eine gerichtliche Beurteilung überhaupt verzichtet und vermeintliches oder wirkliches Unrecht auf sich nimmt¹¹⁾.

Diese Nachteile treten in verstärktem Masse ein, wenn das vom Gericht erlassene Urteil im Zuständigkeitsstreit angefochten wird und damit erneute Kosten und verlängerte Dauer des Prozesses not-

⁹⁾ Rosenberg S. 114.

¹⁰⁾ Nikisch S. 103.

¹¹⁾ Und dabei an Vertrauen in Gesetz und Rechtspflege einbüsst.

wendig werden, während die Entscheidung in der Streitsache selbst weiter verzögert wird.

Es erhebt sich dann die Frage, ob diese Nachteile gegenüber den Vorzügen einer praktischen Zuständigkeitsregelung in Kauf genommen werden müssen. Aber es ist nicht zu verkennen, dass, wenn einmal eine Zuständigkeitsregelung getroffen ist, ebenso nachdrücklich für deren Einhaltung und Sicherung im Streitfalle gesorgt werden muss, wenn nicht eine Umgehung ihrer Bestimmungen von vornherein naheliegen soll. Nur muss, und zwar vom prozessökonomischen Standpunkte aus, erstrebt werden, die Nachteile der Zuständigkeitsstreitigkeiten auf ein Mindestmass zu verringern.

Die Lösung kann dabei nicht die sein, dass die Zuständigkeitsordnung wegen der ihr anhaftenden Mängel überhaupt über Bord geworfen wird. Das hiesse auf Vorteile verzichten, die die Schwächen weit überwiegen; die Lösung ist m. E. auf dem Weg zu suchen, den die Gesetzgeber schon seit langem und in stets steigendem Masse beschritten haben: durch Schaffung von Normen, die die Grundzüge der Zuständigkeitsordnung und damit ihre eminenten Vorteile bestehen lassen, ihre unerwünschten Folgen aber verhindern oder doch stark mildern.

Solche Bestimmungen gibt es denn auch, wie oben geschildert, in weitem Umfange in den schweizerischen und deutschen Prozessordnungen. So beruht die Vorschrift, dass die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes begründet¹²⁾, auf diesen Erwägungen. In ganz besonderer Weise hat das deutsche Zivilprozessrecht für die Verbesserung der Zuständigkeitsnormen gesorgt, indem es das Institut der Verweisung des Rechtsstreites vom unzuständigen an das zuständige Gericht umfassend ausgebaut hat, eine Vorschrift, die in der deutschen Praxis in widestem Umfange angewendet wird und sich dort hervorragend bewährt hat.

III. Wesen und Grundzüge der Verweisung nach der deutschen Zivilprozessordnung¹³⁾

Verweisung bedeutet, ganz allgemein ausgedrückt, Ueberleitung eines Prozesses vom unzuständigen an das zuständige Gericht. Die Verweisung kann somit ihrem Wesen nach nicht den Normen zugeordnet werden, die den Zuständigkeitsstreit dadurch vermeiden,

¹²⁾ Deutsche ZPO § 39; Zürcher ZPO § 17; Guldener I S. 74 f. Anm. 47 und 49.

¹³⁾ ZPO § 276; Rosenberg S. 144 ff; Nikisch S. 105; Schönke S. 141 f; Jonas § 276; Baumbach § 276.

dass sie unter gewissen Bedingungen das unzuständige Gericht so handeln lassen, als ob es tatsächlich zuständig wäre, oder die die Unzuständigkeit kurzerhand als unbeachtlich erklären¹⁴⁾. Die Verweisung lässt die Bestimmungen über die Zuständigkeit in hohem Masse bei Bestand und greift erst dort ein, wo es darum geht, die unerwünschten und unwirtschaftlichen Folgen der Unzuständigkeit zu vermeiden, indem sie auf einfachste und billigste Weise das Verfahren, in dem Stadium, in dem es sich vor dem unzuständigen Gericht befindet, an das zuständige zur Weiterbehandlung und Entscheidung weist. Dieses letztere Gericht ist an den unanfechtbaren Verweisungsbeschluss des ersteren gebunden, und zwar selbst in dem Falle, dass ein anderes Gericht ausschliesslich zuständig sein sollte. Das Gericht, an das verwiesen wurde, ist zu einer Rückverweisung oder auch nur zu einer Weiterweisung nicht befugt und seine Entscheidung kann nicht wegen Unzuständigkeit angefochten werden¹⁵⁾.

Dieses Verfahren, das im deutschen Zivilprozess in weitestem Umfange angewendet wird und zahlreiche neue Prozesse über den gleichen materiellen Anspruch erspart, bedeutet einen Sieg der prozessökonomischen Grundsätze über die starre Geltung der formellen Prozessvorschriften und ist für die schnelle, praktische und zweckmässige Erledigung der bürgerlich rechtlichen Streitigkeiten von der grössten Bedeutung. Es verdient eine eingehende Betrachtung, wie sie in den folgenden Ausführungen versucht wird.

Die deutsche Prozessverweisung enthält die folgenden wesentlichen Merkmale: ¹⁶⁾

1. Das Gericht, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, darf nur verweisen, wenn es sich für örtlich oder sachlich — auch örtlich und sachlich — unzuständig erklärt. Der Richter kann also die Verweisung nicht missbrauchen, um unerwünschte Prozesse abzuschieben, es sei denn, er verletze seine Amtspflicht. Ebensowenig können die Parteien mit Hilfe der Verweisung den Rechtsstreit einem Gericht, das ihnen nicht zusagt, entziehen, solange dieses zuständig ist.

2. Die Verweisung erfolgt nur auf Antrag, der im Hauptfalle vom Kläger gestellt werden muss. Damit bleibt ein wichtiger Grundsatz des Prozessrechts gewahrt: die weitgehende Parteiherrschaft. Es bleibt dem Kläger unbenommen, auf die Stellung des Antrages zu verzichten und das Risiko einer Klageabweisung wegen Unzuständigkeit in Kauf zu nehmen. Ein Antrag wird z. B. dann unterbleiben, wenn der Kläger entgegen der Meinung des Beklagten und des Gerichtes der Auffassung ist, die Berufungsinstanz werde ihm

¹⁴⁾ In dem sie z. B. eine Anfechtung wegen Unzuständigkeit verbieten.

¹⁵⁾ Nikisch S. 105.

¹⁶⁾ Vgl. S. 7, Anm. 13.

beipflichten und die Zuständigkeit des angerufenen Richters bejahen. In gewissen Fällen mag auch die Ueberlegung ausschlaggebend sein, dass ein Urteil des Gerichtes, an das verwiesen ist, nicht wegen Unzuständigkeit angefochten werden kann.

Gerade dieses Erfordernis eines ausdrücklichen Parteiantrages zeigt, dass das Institut der Prozessverweisung mit den Leitgedanken des modernen Prozessrechtes nicht in Widerspruch steht. Der Grundsatz, dass die Parteien sowohl die Einleitung des Verfahrens wie dessen Gang beherrschen, wie er in den modernen Prozessordnungen Eingang gefunden hat, bleibt auch hier voll gewahrt, indem eben eine Verweisung nur zulässig ist, wenn die Partei sie ausdrücklich wünscht.

3. Die Verweisung ist unanfechtbar und bindend: hier zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit das Bestreben des Gesetzgebers, Zuständigkeitsstreitigkeiten zu vermeiden. Diese Bestimmung, die ihrer Art nach aussergewöhnlich ist und gewisse Gefahren in sich birgt, vermochte sich erst im Laufe der Zeit durchzusetzen¹⁷⁾, woraus ersichtlich ist, dass es dem Gesetzgeber nicht ganz leicht fiel, den prozessökonomischen Zweckmässigkeitsgedanken gegenüber der allgemeinen Regel der Ueberprüfbarkeit gerichtlicher Entscheide in den Vordergrund zu stellen. Aber gerade diese Unanfechtbarkeit des Verweisungsbeschlusses ist ein Kernstück des ganzen Verfahrens und hat sich in der Praxis der deutschen Gerichte immer wieder bewährt. Wie mir von deutschen Richtern versichert worden ist, sind dabei die Gefahren der mangelnden Ueberprüfbarkeit, nämlich Verweisungsbeschlüsse unter rechtsirrtümlicher Verletzung der Zuständigkeitsvorschriften, kaum zutage getreten.

Wenn einmal verwiesen ist, gibt es, soweit der Verweisungsbeschluss geht, keine Zuständigkeitsprobleme mehr: die Parteien haben nicht die geringste Möglichkeit, die Zuständigkeit erneut in Frage zu stellen oder sich über sie zu streiten; das Gericht, an das verwiesen ist, hat sich um die Zuständigkeitsfrage, die sonst von Amts wegen zu prüfen ist, überhaupt nicht mehr zu kümmern; es ist zuständig. Durch diese Regelung ist gleichzeitig jedem zukünftigen Streit über die Zuständigkeit in der Rechtsmittelinstanz ein Riegel vorgeschoben.

4. Das Verfahren vor dem zuerst angegangenen Gericht bildet mit dem Verfahren vor dem Gericht, an das verwiesen ist, ein einziges, einheitliches. In dieser Bestimmung tritt der grosse prozessökonomische Vorteil der Verweisung wegen Unzuständigkeit gegenüber der Abweisung wegen Unzuständigkeit zutage; sämtliche Partei-

¹⁷⁾ Siehe hinten S. 54 ff.

handlungen und Gerichtsakte vor dem verweisenden Gericht, die nach einer Abweisung wiederholt werden müssten, bleiben in voller Wirksamkeit erhalten; das Verfahren nimmt vor dem zweiten Gericht seinen Fortgang gleich als ob nur die Richter am ersten Gericht gewechselt hätten. Dieser Fortgang des Verfahrens hat aber nicht nur eine in die Augen springende prozessökonomische Wirkung, er nimmt auch Einfluss auf die Durchsetzung des materiellen Rechts dort, wo eine absolute Frist in Frage steht, wo bei Von-der-Hand-Weisung der Klage diese nicht mehr mit Erfolg angehoben oder durchgesetzt werden könnte, weil eine nicht erstreckbare Frist abgelaufen ist, bevor der Kläger in der Lage ist, an das zuständige Gericht zu gelangen.

Auch über die Kosten wird später einheitlich entschieden, und zwar in der Weise, dass der Kläger, der ein unzuständiges Gericht angerufen hatte, die Mehrkosten auch im Falle seines Obsiegens tragen muss. Diese Bestimmung zeugt ebenfalls von hoher Zweckmässigkeit. Denn sie wird den Kläger davon abhalten, in leichtfertiger Weise bei einem unzuständigen Gericht Klage zu erheben, und zwar selbst dann, wenn ihm dies bequemer wäre, etwa weil er das Gericht seines Wohnsitzes leichter erreicht als das zuständige Gericht des Wohnortes des Beklagten. Andererseits wird der Beklagte auf Grund der Einheitlichkeit des Verfahrens leicht geneigt sein, auf den Einwand der Unzuständigkeit zu verzichten, weil er durch die Rüge der Zuständigkeit allein eine Von-der-Hand-Weisung der Klage oder auch nur eine wesentliche Verzögerung des Verfahrens nicht erreichen kann.

Im zweiten Kapitel soll die Verweisung, so wie sie das deutsche Zivilprozessrecht kennt, in den Einzelheiten ihrer Ausführung geschildert werden. Zweck dieser Darstellung ist es letzten Endes, Anregungen und Hinweise zu gewinnen für den Vorschlag auf Ausbau der Verweisung in der Zürcher ZPO.

Die Verweisung nach der deutschen ZPO ¹⁾

I. Begriff der Verweisung

Die Verweisung ist die auf Antrag erfolgende Ueberleitung eines beliebigen Zivilprozessverfahrens, das vor einem ursprünglich örtlich oder sachlich, sowie örtlich und sachlich unzuständigen Gericht erhoben wurde, oder mit dem ein durch Klageänderung oder Klagerweiterung unzuständig gewordenes Gericht befasst ist, an das von diesem Gericht für zuständig erachtete, bei mehrfacher Zuständigkeit vom Antragsteller gewählte Gericht. Sie erfolgt durch für die Parteien unanfechtbaren und die Gerichte bindenden Beschluss, wobei das Verfahren vor dem verweisenden mit demjenigen vor dem Gericht, an das verwiesen ist, eine Einheit bildet.

II. Die gesetzliche Regelung

Die Verweisung ist geregelt in den ZPO §§ 276, 499 d, 506, 697, 700 Satz 3, wobei ZPO § 276 ²⁾ die allgemeinen Grundgedanken enthält und in weitem Umfang entsprechend anzuwenden ist.

ZPO § 276 gehört seiner Stellung nach im Gesetz unter die

¹⁾ Vgl. S. 7, Anm. 13.

²⁾ § 276 lautet: Ist auf Grund der Bestimmungen über die örtliche oder sachliche Zuständigkeit der Gerichte die Unzuständigkeit des Gerichts auszusprechen, so hat das angegangene Gericht, sofern das zuständige Gericht bestimmt werden kann, auf Antrag des Klägers durch Beschluss sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Sind mehrere Gerichte zuständig, so erfolgt die Verweisung an das vom Kläger gewählte Gericht.

Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt; mit der Verkündung des Beschlusses gilt der Rechtsstreit als bei dem im Beschluss bezeichneten Gericht anhängig. Der Beschluss ist für dieses Gericht bindend.

Die im Verfahren vor dem angegangenen Gericht erwachsenen Kosten werden als Teil der Kosten behandelt, welche bei dem im Beschluss bezeichneten Gericht erwachsen. Dem Kläger sind die entstandenen Mehrkosten auch dann aufzuerlegen, wenn er in der Hauptsache obsiegt.

Normen, die das Verfahren in erster Instanz vor den Landgerichten regeln.

ZPO § 506 dehnt die Verweisung aus auf das Verfahren in erster Instanz vor den Amtsgerichten für den Fall, dass durch Widerklage oder Erweiterung des Klageantrages ein Anspruch erhoben, oder die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt wird, die unter die Zuständigkeit des Landgerichtes fallen. ZPO § 506 ergreift also im Gegensatz zu ZPO § 276 den Fall, dass im Verlaufe des Rechtsstreites ein Anspruch erhoben wird, der unter die Zuständigkeit des Landgerichtes gehört. Sonst gelten für ZPO § 506 die gleichen Vorschriften, wie sie ZPO § 276 aufstellt, sowohl nach dem Wortlaut von ZPO § 506 wie auf Grund ausdrücklicher Verweisung auf ZPO § 276 II, III Satz 1³⁾ oder aber auf Grund anderer Bestimmungen der ZPO⁴⁾. Zwei Verschiedenheiten sind festzuhalten: nach ZPO § 276 I kann nur der Kläger den Verweisungsantrag stellen, nach ZPO § 506 II hingegen auch der Beklagte⁵⁾. ZPO § 276 III Satz 2⁶⁾ ist dadurch, dass ZPO § 506 II nur auf ZPO § 276 III Satz 1 verweist, Satz 2 also ausdrücklich nicht erwähnt, nicht anwendbar im Falle ZPO § 506, also für das Verfahren vor dem Amtsgericht.

ZPO § 697 führt die Verweisung in das Mahnverfahren ein. Auch diese Bestimmung folgt sinngemäss der Vorschrift von ZPO § 276 I, übernimmt ZPO § 276 II und III Satz 1 und schaltet damit, wie das auch bei ZPO § 506 der Fall ist, ZPO § 276 III Satz 2 aus. Unterschiede zu ZPO § 276 begründet ZPO § 697 II, indem er den Antrag auf Verweisung auch dem Beklagten zubilligt, ihn schon vor der Streitverhandlung stellen lässt und die Entscheidung über ihn ohne mündliche Verhandlung für zulässig erklärt. Diese Abänderungen ergeben sich aus der Tatsache, dass sich das Mahnverfahren im wesentlichen auf schriftlichem Wege abspielt. In ZPO § 697 II Satz 3 wird an dem durch ZPO § 697 I übernommenen ZPO § 276 II insofern eine Aenderung getroffen, als der Rechtsstreit erst dann bei dem Landgericht anhängig ist, wenn er dem Prozessgegner zugestellt ist. Diese Regel musste getroffen werden im Hinblick darauf, dass der Beschluss nach ZPO § 697 II Satz 1 unter gewissen Voraussetzungen nicht verkündet zu werden braucht.

ZPO § 700 Satz 3, ebenfalls unter die das Mahnverfahren regelnden Normen gehörend, verweist auf ZPO § 697 für den Fall, dass

³⁾ ZPO § 506 II.

⁴⁾ Die ausdrückliche Erwähnung in ZPO § 506 I, dass eine Partei «vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache» den Verweisungsantrag zu stellen habe, erübrigt sich in ZPO § 276 I, da das Erfordernis der Stellung des Antrages vor der Hauptverhandlung sich aus ZPO § 39 ergibt.

⁵⁾ «..., sofern eine Partei... darauf anträgt».

⁶⁾ Auferlegung der vor dem unzuständigen Gericht erwachsenen Mehrkosten auf den Kläger, auch wenn er in der Hauptsache obsiegt.

gegen den das Mahnverfahren beendenden Vollstreckungsbefehl Einspruch erhoben wird, und der Anspruch nicht vor das Amtsgericht gehört.

ZPO § 499 d bestimmt für das der Klageerhebung vor dem Amtsgericht vorangehende Güteverfahren, dass ZPO § 276 entsprechende Anwendung findet im Falle der örtlichen Unzuständigkeit des angerufenen Amtsgerichtes.

III. Die Ausgestaltung und Durchführung der Verweisung

1. Prüfung und Entscheid über die Zuständigkeit

Das gerichtliche Verfahren beginnt regelmässig mit der Prüfung der Zuständigkeit¹⁾ des Gerichtes. Das Gericht darf ausserhalb seiner Zuständigkeit nicht zur Hauptsache entscheiden. Die Zuständigkeit ist daher in jedem Verfahren grundsätzlich von Amts wegen zu prüfen²⁾, und zwar jederzeit, auch noch in höherer Instanz³⁾. Prüfung von Amts wegen heisst aber auch, dass das angerufene Rechtspflegeorgan von sich aus auf die Bedenken in Bezug auf die Zuständigkeit hinzuweisen hat⁴⁾, damit der Kläger die erforderlichen Behauptungen, und wenn diese bestritten werden, die

¹⁾ Von der Zuständigkeit zu unterscheiden ist die Geschäftsverteilung. Diese umfasst die Verteilung der Geschäfte auf die einzelnen Spruchabteilungen, bei den Kollegialgerichten die Besetzung der Kammern und Senate. Sie ist eine Sache der Justizverwaltung, welche aber der Selbstverwaltung der Gerichte überlassen ist (Nikisch S. 61).

Die Vorschriften über die Zuständigkeit haben keine Geltung in Bezug auf die Verteilung der Geschäfte auf die verschiedenen Abteilungen des selben Gerichtes. «Die Zuständigkeit der Gerichte bezieht sich stets auf das Gericht als ganzes, nicht eine einzelne Spruchabteilung» (RG 47 381). Eine Spruchabteilung eines zuständigen Gerichts kann nie als «unzuständig» bezeichnet werden, auch wenn sie entschieden hat, obwohl ihr dies nach den Regeln der Geschäftsverteilung nicht zustehen würde. Konsequenz daraus ist auch, dass die Parteien sich nicht auf eine bestimmte Spruchabteilung einigen können (wohl aber auf an sich unzuständige Gerichte) (ZPO § 38).

Auch das Verhältnis zwischen der Zivilkammer und der Kammer für Handelsachen bei den Landgerichten fällt unter den Begriff der Geschäftsverteilung, es ist nicht eine Frage der Zuständigkeit.

²⁾ Nikisch S. 103.

³⁾ Ausnahmen siehe bei den Verfahren hinten S. 41 ff.

⁴⁾ ZPO § 139 II, III.

Beweise dafür vorbringt⁵⁾). Wenn die Bedenken nicht entkräftet werden können, ist die Klage als unzulässig abzuweisen, und zwar auch dann, wenn der Beklagte keinen Abweisungsantrag gestellt hat. Als Grundlage der Prüfung dient der Klageantrag und die zu seiner Begründung vorgetragenen Klagebehauptungen. Fallen dabei die die Zuständigkeit begründeten Tatsachen zusammen, ergibt sich z. B. die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes nach der Herkunft des Klageanspruches aus einer unerlaubten Handlung, so steht die Zuständigkeit des Gerichtes schon darauf fest. Ein Beweis der Klagebehauptungen ist, selbst wenn sie bestritten werden, zur Prüfung der Zuständigkeit in einem solchen Falle nicht erforderlich⁶⁾).

Hängt dagegen die Zuständigkeit von dem Vorliegen weiterer selbständiger Tatsachen ab, behauptet der Kläger z. B. unter Bestreiten des Beklagten eine Vereinbarung über den Erfüllungsort, so müssen diese vom Kläger bewiesen werden, wobei der Kläger die Beweislast für die kompetenzbegründenden Tatsachen trägt⁷⁾).

Das Gericht hat zwar seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen, aber der Beklagte hat das Recht, die Unzuständigkeit im Wege der sogenannten prozesshindernden Einrede geltend zu machen, und zwar, wie ZPO § 274 bestimmt, gleichzeitig mit der Rüge des Mangels anderer Prozessvoraussetzungen, wie der Parteifähigkeit, der Zulässigkeit des Rechtsweges usw., vor seiner Verhandlung zur Hauptsache. Dies ist schon mit Rücksicht auf die Bestimmung des ZPO § 39 notwendig, nach der auf Grund unwiderlegbarer Vermutung stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit anzunehmen ist, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt.

Wenn auch gleichzeitiges Vorbringen aller in ZPO § 274 genannten prozesshindernden Einreden wegen fehlender Prozessvoraussetzungen bestimmt ist⁸⁾, so ergibt sich aus der Natur der Sache, dass die Frage der Zuständigkeit zuerst geprüft werden muss, da ja nur das zuständige Gericht entscheiden darf, inwieweit das Verfahren im übrigen zulässig ist⁹⁾. Das Reichsgericht hat z. B. verlangt, dass die Einrede der Unzuständigkeit vor der Einrede des Schiedsvertrages¹⁰⁾ und vor der Zulässigkeit des Rechtsweges¹¹⁾ geprüft werden müsse.

Das unzuständige Gericht darf nicht zur Sache entscheiden. Es gibt keine Ausnahme von diesem Verbot. Das Gericht darf auch

⁵⁾ ZPO § 335 I Ziff. 1.

⁶⁾ Rosenberg S. 141; Nikisch S. 103.

⁷⁾ Rosenberg S. 142.

⁸⁾ ZPO § 274 I.

⁹⁾ Rosenberg S. 397.

¹⁰⁾ Warn 1915 99.

¹¹⁾ RG 129 178/79; JW 1912 643¹⁵; JW 1937 2069⁸²; RAG 1 180.

nicht zugleich¹²⁾ oder evtl. zur Hauptsache entscheiden; es darf auch nicht die Entscheidung über die Zuständigkeit offen lassen, weil die Klage ohnehin als unbegründet oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abzuweisen sei¹³⁾).

Es genügt, wenn die Zuständigkeit auch nur zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung besteht¹⁴⁾. Es genügt auch, wenn das Gericht am Anfang¹⁵⁾ oder im Laufe des Verfahrens zuständig war. Für den Wert des unveränderten Prozessgegenstandes allerdings ist nur der Zeitpunkt der Klageerhebung massgebend¹⁶⁾.

Nach ZPO § 275 kann das Gericht über die Einrede der Unzuständigkeit auf Antrag von Amts wegen abgesonderte Verhandlungen anordnen und hat dann über die Einrede gesondert zu entscheiden: durch ein Endurteil, das die Klage als unzulässig abweist¹⁷⁾, wenn der Einrede stattgegeben wird; wird diese verworfen, durch ein Zwischenurteil, das selbständig angefochten werden kann¹⁸⁾, so dass der Streit über die Zuständigkeit vor Eintritt in die Verhandlung zur Hauptsache endgültig geklärt werden kann¹⁹⁾.

Anders wird jedoch die gesamte prozessuale Lage, wenn der Verweisungsantrag gestellt worden ist, was in der Regel geschieht, sobald die Tatsache der Unzuständigkeit, sei es nach einer Beweisaufnahme, sei es ohne eine solche durch einen Hinweis des Gerichts²⁰⁾ zutage getreten ist.

Das zuständige Gericht darf dann den Prozess nicht abweisen, wenn die Voraussetzungen der §§ 276, 506, 697, 700 Satz 3 gegeben sind. In diesen Fällen muss die Verweisung erfolgen²¹⁾.

¹²⁾ RG 154 18 ff; Warn 1936 7; HRR 1937 751.

¹³⁾ RG 70 187, 105 196; Rosenberg S. 397.

¹⁴⁾ Beispiel: Durch Klageerweiterung, vor allem durch nachträgliche Häufung von Ansprüchen, wird die Zuständigkeitsgrenze des Landgerichtes erreicht, es ist somit zuständig, oder durch Beschränkung des Klageantrages wird die Grenze der Zuständigkeit des Amtsgerichtes erreicht. Rosenberg S. 143.

¹⁵⁾ ZPO § 263 II Ziff. 2.

¹⁶⁾ ZPO § 4 I. Beispiel: «Es ist eine Klage gegen zwei Beklagte erhoben, von denen der eine seinen allgemeinen Gerichtsstand bei dem Prozessgericht, der zweite aber bei einem anderen Gericht hat. Verlegt dieser Zweite seinen Wohnsitz bis zum Schluss der Tatsachenverhandlungen in den Bezirk des Prozessgerichtes, so ist dieses zuständig geworden; es bleibt zuständig, wenn der erstere der Beklagten aus dem Bezirke des Prozessgerichtes fortzieht (s. a. den Fall RG 172 151).» Rosenberg S. 143.

¹⁷⁾ absolutio ab instantia.

¹⁸⁾ ZPO § 275 II.

¹⁹⁾ Nikisch S. 226.

²⁰⁾ ZPO §§ 139, 504 II.

²¹⁾ Die Verweisung darf nicht mit der Abgabe einer Sache verwechselt werden. Diese erfolgt im Gegensatz zur Verweisung von Amts wegen und bedarf keines Parteiantrages. Siehe dazu § 18 der 6. DurchfVO zum EheG vom 21. Oktober 1944 (RGBl I S. 256); Jonas § 276 I 3.

2. Die Voraussetzungen der Verweisung ¹⁾

a) *Sachliche oder örtliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts*

Das Gericht, vor dem die Klage erhoben ist, muss sachlich oder örtlich, oder sachlich und örtlich, unzuständig sein, und der Prozess muss so liegen, dass ihn das Gericht infolge Unzuständigkeit von der Hand zu weisen hätte, wenn es nicht die Verweisung beschliessen könnte. Es spielt keine Rolle, ob die Unzuständigkeit von Amts wegen beachtet wird oder erst infolge der Rüge des Beklagten zutage tritt, ob sie von vornherein schon bei Klageerhebung bestanden hat, oder ob sie sich im Verlaufe des Prozesses infolge zulässiger Aenderung oder Erweiterung der Klage oder Erhebung einer Widerklage einstellt.

b) *Antrag auf Verweisung*

Ein Verweisungsbeschluss kann, ausnahmslos, nur dann ergehen, wenn Verweisung beantragt ist. Antragsberechtigt ist im Urteilsverfahren allein der Kläger. In den Fällen der ZPO §§ 506, 508 III ²⁾ und ZPO § 697 verwendet das Gesetz die Formulierung: «Sofern eine Partei darauf anträgt», woraus sich ergibt, dass in diesem Falle beide Parteien, auch der Beklagte, zur Antragstellung berechtigt sind.

Da die Stellung des Antrages im Interesse des Prozesszieles, der baldigen Feststellung des materiellen Rechtes, liegt, bleibt es nicht allein der Rechtskenntnis oder Rechtsunkenntnis der Parteien überlassen, den Antrag zu stellen, sondern das Gericht ist auch von Amtes wegen verpflichtet ³⁾, die Antragsberechtigten auf die Verweisungsmöglichkeit aufmerksam zu machen und ihnen ihre Vor- und Nachteile auseinanderzusetzen. Der Richter muss den Kläger, notfalls auch den Beklagten, darüber aufklären, dass ohne Verweisungsantrag der Prozess von der Hand zu weisen sei, darf ihm aber auch nicht vorenthalten, dass durch die Stellung des Antrages und die darauffolgende Verweisung eine Anfechtung der Entscheidung wegen Unzuständigkeit nicht mehr möglich ist. Wenn es sachdienlich ist, also in Handelssachen, hat der Richter auch dahin zu wirken, dass der Antrag auf Verweisung an die Handelskammer des Landgerichts gestellt wird.

Der Antrag auf Verweisung ist lediglich ein Prozessantrag, eine Prozessbitte, da er sich nur auf die Abwicklung des Verfahrens bezieht und nicht den vom Kläger erhobenen Anspruch betrifft ⁴⁾.

¹⁾ Vgl. S. 7, Anm. 13.

²⁾ Soweit dabei gemäss ZPO § 506 verwiesen wird.

³⁾ ZPO § 139.

⁴⁾ Rosenberg S. 255; Nikisch S. 210; a. M. Baumbach § 276: «ist Sachantrag, weil die Sachentscheidung über die Zuständigkeit betreffend vgl. JW 1938 1188».

ZPO § 297 hat also für den Verweisungsantrag keine Geltung, da er seine Wirkung nur bei Sachanträgen entfaltet⁵⁾). Der Verweisungsantrag braucht deshalb vorher nicht schriftlich niedergelegt zu sein. Der Antrag auf Verweisung kann auch bedingt gestellt werden für den Fall, dass das angerufene Gericht sich für unzuständig erklären sollte⁶⁾). Der Verweisungsantrag stellt sich damit ausserhalb der Regel, dass Parteihandlungen nicht bedingt vorgenommen werden dürfen, da durch eine Parteihandlung «für den Fall, dass» ein Unsicherheitsmoment in den Prozessverlauf getragen wird, das dem Gegner nicht zugemutet werden darf. Im Falle der Verweisung aber liegen die Verhältnisse so, dass dem Gegner keinen Schaden daraus erwächst, da der Verweisungsantrag nur den weiteren Fortgang des Prozesses bestimmt und auf den Hauptantrag, der die eigentliche Grundlage des Verfahrens bildet, keinen Einfluss ausübt. Das Gesetz erwähnt in ZPO § 697 II den Eventualantrag⁷⁾ als zulässig schon im Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls, für den Fall, dass der Schuldner Widerspruch erhebt.

Ist der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen, so hindert das den Kläger nicht, den Verweisungsantrag zu stellen.

Auch der vollmachtlose Vertreter der Partei, sei es, dass er als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung der Vollmachtsurkunde handelt⁸⁾), kann, sofern er zur Prozessführung einstweilen zugelassen ist, den Verweisungsantrag stellen. Der Verweisungsbeschluss, der dem Urteil insofern gleichgestellt ist, als er das Verfahren vor dem angegangenen Gericht beendet, darf dann erst erlassen werden, wenn die Frist zur Beibringung der Genehmigung abgelaufen ist⁹⁾). In der Berufungs- und der Revisionsinstanz kann der Antrag auch noch gestellt werden¹⁰⁾).

In jedem Falle aber bleibt die Grundregel bestehen: wenn der Antrag nicht gestellt wird, so darf die Verweisung nicht erfolgen: die Klage ist durch ein Endurteil abzuweisen und der Kläger muss nunmehr eine Klage bei dem zuständigen Gericht erheben.

c) Bestimmbarkeit des zuständigen Gerichts

An das zuständige Gericht kann nur dann verwiesen werden, wenn ein zuständiges Gericht überhaupt festgelegt und bestimmt werden kann. Da ein Gericht nur dann zuständig ist zur Entscheidung

⁵⁾ Jonas § 297 III.

⁶⁾ OLG Stettin JW 1925 2273²; Rosenberg S. 262; Nikisch S. 215.

⁷⁾ Antragstellung im Mahnverfahren.

⁸⁾ ZPO § 89 I.

⁹⁾ ZPO § 89; Jonas § 89 II a. E.

¹⁰⁾ Siehe hinten S. 35 ff.

einer Klage, wenn ihm die Zuständigkeit sowohl in sachlicher und örtlicher Hinsicht zugleich eigen ist, vermag es nicht zu genügen, wenn nur das örtlich oder nur das sachlich zuständige Gericht bestimmt werden kann. Dem Antrag auf Verweisung könnte dann nicht stattgegeben werden und die Klage wäre von der Hand zu weisen. Für den Fall dass mehrere Gerichte örtlich zuständig sind¹¹⁾, bestimmt das Gesetz¹²⁾, dass der Kläger die Wahl zu treffen habe. Unterlässt er dies, so darf, das geht aus ZPO § 35, an den ZPO § 276 I Satz 2 erinnert, hervor und würde gegen den Grundsatz der Parteidisposition verstossen, das Gericht nicht an seiner statt wählen. Der Antrag ist dann nicht vollständig und die Klage müsste, wie wenn überhaupt kein Verweisungsantrag gestellt worden wäre, abgewiesen werden.

Die Bestimmung der Zuständigkeit hat auf Grund der Normen über die Zuständigkeitsordnung und auf Grund der vorgetragenen Tatsachen zu erfolgen. Die tatsächlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit müssen nach der freien Ueberzeugung des Richters gegeben sein. Erachtet er Beweise für notwendig, so hat der Richter den Kläger zur Beschaffung der erforderlichen Nachweise aufzufordern und hat diese Beweise notfalls zu erheben. Es steht ihm über sie die freie Beweiswürdigung zu¹³⁾. Die rechtlichen Voraussetzungen müssen nach der Rechtsauffassung des Richters vorliegen.

Das Gericht, das verweist, muss mit dem, an das verwiesen ist, die Grundsätze der Gerichtsverfassung und der ZPO gemeinsam haben¹⁴⁾. Die Verweisung an ein Gericht, das in einem anderen Rechtspflegegebiet liegt, an ein ausländisches Gericht also, ist somit nicht möglich. Da Deutschland auch unter der Zoneneinteilung ein einheitliches Rechtspflegegebiet darstellt, ist die Verweisung an Gerichte eines Landes, das in einer anderen Zone liegt, zulässig¹⁵⁾.

¹¹⁾ Bei der Vielfalt der Zuständigkeitsnormen ist das ein häufiger Fall.

¹²⁾ ZPO § 276 I Satz 2.

¹³⁾ ZPO § 286; Jonas § 286 I.

¹⁴⁾ Nikisch S. 105; Rosenberg S. 144.

¹⁵⁾ Dazu: Riezler, SJZ 1947 235 Ziff. 4; OLG Frankfurt, HEZ 1 54; BayObLG, HEZ 2 145 = NJW 1949 223³.

3. Der Verweisungsbeschluss

a) *Erlass des Beschlusses*

Sind die oben aufgeführten Voraussetzungen erfüllt, so hat das Gericht einen Beschluss zu erlassen, der grundsätzlich zwei Elemente enthalten muss:

1. Die Erklärung der Unzuständigkeit.
2. Die Verweisung an das zuständige Gericht, das genau bezeichnet werden muss.

Enthält der Beschluss keine Unzuständigkeitserklärung, so schadet das so lange nicht, als die Unzuständigkeit als Voraussetzung der Verweisung zweifelsfrei feststeht¹⁾. Es wäre in diesem Falle ein übertriebener Formalismus, wollte man deswegen die Beschwerde gegen den Verweisungsbeschluss geben.

Ob die Verhandlungen, die zum Beschluss führen, mündlich oder schriftlich erfolgen, hängt nach der herrschenden Meinung vom jeweiligen Verfahren ab, um das es sich handelt. Das Gesetz schreibt keine mündliche Verhandlung vor und diese muss dort, wo die Verhältnisse klar liegen, als entbehrlich betrachtet werden.

Sieht z. B. der Kläger aus der Beantwortung seiner Klage, dass der Beklagte ein anderes Gericht als zuständig erachtet, so kann er den Verweisungsantrag ebenfalls schriftlich stellen²⁾. Mündlich wird verhandelt z. B. im Urteilsverfahren, schriftlich z. B. in den Fällen von ZPO § 128 II³⁾ oder ZPO § 251⁴⁾ oder im Mahnverfahren⁵⁾,⁶⁾.

Hat über den Verweisungsantrag eine mündliche Verhandlung stattgefunden, so ist der Beschluss zu verkünden⁷⁾. Eine Zustellung ist auch dann nicht notwendig, wenn der Beklagte der Verkündung nicht beiwohnt.

Wird in einem Verfahren ohne mündliche Verhandlung ein Verweisungsbeschluss erlassen oder verweist das Gericht ausnahmsweise durch schriftlichen Beschluss, so wird dieser zugestellt. Es genügt aber auch die formlose Mitteilung, da der Verweisungsbeschluss «weder der sofortigen Beschwerde oder der befristeten Erinnerung gemäss ZPO § 575 Abs. 4 unterliegt noch einen Vollstreckungstitel gegen die Partei bildet, eine Terminbestimmung enthält oder eine Frist in Lauf setzt»⁸⁾.

1) Baumbach § 276 2 Eb.

2) Jonas § 276 N 8 a., so auch Baumbach § 276 2 D.

3) EntlVO § 7.

4) KG, JW 1929 1669³.

5) ZPO § 697 II.

6) Siehe dazu über die einzelnen Verfahren hinten S. 41 ff.

7) ZPO § 329; arg. ZPO § 276 II: «Mit der Verkündung ...»

8) ZPO § 329 III; RG 121 22, 131 200.

b) Verweisung des ganzen Rechtsstreites

Die Verweisung darf nur hinsichtlich des ganzen Rechtsstreites einheitlich erfolgen⁹⁾. Fehlt die Zuständigkeit hingegen nur für einen Klagegrund, so rechtfertigt dieser Mangel keine Verweisung, da das Gericht ja für die Geltendmachung des Klageanspruchs, des Streitgegenstandes im ganzen, zuständig ist, auch wenn es nicht auf jeden der verschiedenen Klagegründe für sich allein eingehen darf¹⁰⁾. Ergibt die Prüfung der Prozessvoraussetzungen, die für jeden Klagegrund vorgenommen wird, dass das Gericht für einen der rechtlichen Gesichtspunkte nicht zuständig ist, so müsste, da nicht Klagehäufung nach ZPO § 260 vorliegt, durch Zwischenurteil nach ZPO §§ 275 II oder 303 die Unzuständigkeit für diesen Klagegrund ausgesprochen werden¹¹⁾. Ist kein Zwischenstreit zu entscheiden, so müsste die Unzuständigkeit für die entsprechenden Klagegründe und die deswegen nicht erfolgte Berücksichtigung im Endurteil festgehalten werden¹²⁾. Mit Recht wendet sich Nikisch¹³⁾ gegen diese unzweckmäßige Lösung und tritt dafür ein, dass das Gericht einen Anspruch aus allen in Frage kommenden, rechtlichen Gesichtspunkten prüft, auch wenn es nur für einen dieser Gesichtspunkte zuständig ist¹⁴⁾. Dies entspricht auch den Bedürfnissen des Prozesses.

Wenn im Verlaufe eines Rechtsstreites vor dem Amtsgericht eine Widerklage erhoben, eine Klageerweiterung vorgenommen oder die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt ist, für welche die Zuständigkeit des Landgerichts begründet ist, so wird der Streit als ganzer verwiesen; also hinsichtlich der Klage und der Widerklage, des gesamten, nun erweiterten Klageantrages, des ursprünglich und im Verlaufe des Prozesses streitig gewordenen Rechtsverhältnisses¹⁵⁾. Abweichend davon ist die Regelung im MSchG § 15 III Satz 4, nach der im Verfahren vor den Amtsgerichten als Mietgerichten für die Widerklage, wenn ein Anspruch erhoben wird, der die Zuständigkeit des Amtsgerichtes übersteigt, Abtrennung erfolgen muss. Da ist die Möglichkeit gegeben, die Widerklage allein

⁹⁾ Rosenberg S. 144; Jonas § 276 III 4; h. M.

¹⁰⁾ Beispiel: Ein bei einem Eisenbahnunfall verletzter Passagier gründet seinen Schadenersatzanspruch auf Vertrag, auf Haftpflicht und auf unerlaubte Handlung (RG 66 12) und klagt im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (ZPO § 32). Das Gericht ist zuständig für die Klage aus unerlaubter Handlung, unzuständig aber für die Klage aus Vertrag und aus Haftpflicht. Siehe auch RG 27 385, 73 163 und 165, 123 129 f, 165 374 ff (384). Beispiel aus Rosenberg S. 130.

¹¹⁾ Jonas §§ 275 II 2, 303; Rosenberg S. 130.

¹²⁾ Rosenberg S. 130.

¹³⁾ Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1935.

¹⁴⁾ Rosenberg S. 130.

¹⁵⁾ ZPO §§ 506, 280.

gemäss ZPO § 506 zu verweisen. Diese Bestimmung ist mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Verfahrens vor den Mietgerichten gerechtfertigt. Wird durch eine Widerklage ein Anspruch erhoben, für den ein anderes Gericht, dessen Zuständigkeit durch Vereinbarung nicht begründet werden kann, ausschliesslich zuständig ist, so kann keine Verweisung des ganzen Prozesses erfolgen¹⁶⁾, da dem Gericht der Hauptsache die Zuständigkeit über die Widerklage fehlt¹⁷⁾. Hier muss entweder die Widerklage durch Prozessurteil wegen Unzuständigkeit abgewiesen werden oder es muss (was regelmässig geschehen wird) bei Stellung des Verweisungsantrages eine Verweisung der Widerklage erfolgen, und zwar gemäss ZPO § 276¹⁸⁾ in Ansehung der Tatsache, dass die Widerklage eine besondere Art der Klage ist, die nach Voraussetzung und Wirkung selbständig beurteilt werden muss¹⁹⁾.

Wird im Falle der Klagehäufung ein Anspruch erhoben, für den allein das Gericht nicht zuständig ist²⁰⁾, so muss dieser Anspruch abgewiesen oder an das zuständige Gericht verwiesen werden.

Streitig ist, ob ein Trennungsbeschluss der Verweisung vorzuziehen habe oder nicht. Rosenberg²¹⁾ vertritt die Auffassung, dass der Trennungsbeschluss nicht notwendig sei, Jonas²²⁾ hält dafür, dass eine Verweisung nur gegeben sei, nachdem eine Abtrennung erfolgt ist. Wird im Falle der Klagehäufung ein Anspruch allein abgewiesen oder verwiesen und fällt der verbliebene Anspruch nun nicht mehr unter die Zuständigkeit des Landgerichtes, so muss auch dieser entweder abgewiesen oder verwiesen werden. ZPO § 5 kann in diesem Falle nicht herangezogen werden, da eine Zusammenrechnung der verschiedenen Ansprüche nur dann erfolgen darf, wenn die Verbindung der Klagebegehren in eine einzige Klage zulässig ist, was hier nicht der Fall ist, da die Erfordernisse von ZPO § 260 nicht erfüllt sind, wie eben durch die Abweisung oder Verweisung des einen Anspruches zutage getreten ist.

Werden bei der Klagehäufung die Ansprüche in verschiedener Prozessart²³⁾ erhoben, z. B. der eine im Urkundenprozess und der andere im gewöhnlichen Verfahren, so erfolgt von Amts wegen Trennung²⁴⁾ und dann am Landgericht die Abweisung oder nach Antragstellung die Verweisung, wenn der eine der Ansprüche oder beide

16) ZPO § 38 II.

17) Z. B.: Der Gegenanspruch gehört vor ein Amtsgericht, GruchBeitr 52 1156.

18) Rosenberg S. 419.

19) Jonas § 275 I.

20) ZPO § 260.

21) S. 423.

22) § 260 III.

23) ZPO § 260.

24) ZPO § 145.

nicht mehr unter die Zuständigkeit des Gerichtes fallen²⁵⁾). Ist für einen von mehreren in der gleichen Prozessart erhobenen Ansprüchen diese Prozessart nicht zulässig, so wird er von Amts wegen als unstatthaft abgewiesen. Ist durch die Abweisung des einen Anspruches das Landgericht für den anderen nicht mehr zuständig²⁶⁾, so wird auch dieser abgewiesen oder bei Vorliegen des Antrages verwiesen²⁷⁾).

c) *Unabänderlichkeit und Unwiderruflichkeit*

Grundsätzlich kann das Gerichtsorgan einen von ihm erlassenen Beschluss aufheben oder abändern, so lange es mit der Sache befasst ist. Ist der Verweisungsbeschluss verkündet oder im schriftlichen Verfahren den Parteien zur Kenntnis gebracht worden, so kann das Gericht, das ihn erlassen hat, ihn nicht mehr widerrufen und nicht mehr abändern. Diese Unabänderlichkeit und Unwiderruflichkeit des Verweisungsbeschlusses ergibt sich einmal daraus, dass mit Verkündung oder Zustellung an die Parteien²⁸⁾ die Klage bei dem Gericht, das im Verweisungsbeschluss bezeichnet ist, anhängig geworden ist. Damit ist die Anhängigkeit bei dem Gericht, das sich zuerst mit der Klage befasst und den Verweisungsbeschluss erlassen hat, beendet, und es ist ihm auch der Einfluss auf die weitere Prozessgestaltung entzogen²⁹⁾. Bis dahin kann das Gericht den Beschluss frei abändern³⁰⁾. Zum zweiten bildet die Verweisung ein Sonderverfahren innerhalb des Prozesses; und der Verweisungsbeschluss, der dieses Sonderverfahren abschliesst, hat in hohem Masse Ähnlichkeit mit einem eigentlichen Urteil, es muss ihm deshalb auch die gleiche Wirkung innewohnen, soweit das Gesetz nichts anderes ausdrücklich festlegt³¹⁾.

d) *Die bindende Kraft*

Der Verweisungsbeschluss bindet das Gericht, das durch ihn für zuständig erklärt ist, hinsichtlich des Verfahrens, das der Verweisung zu Grunde liegt, vollständig. Das heisst nun, dass das zweite Gericht die Unzuständigkeit des verweisenden Gerichts ebensowenig nachprüfen darf wie seine eigene Zuständigkeit, ganz gleichgültig, ob das verweisende Gericht seinen Beschluss motiviert hat oder nicht, ob es tatsächlich bei richtiger Anwendung der Zuständigkeitsregeln zuständig wäre oder nicht, oder ob gar ein drittes Gericht

²⁵⁾ Mangelnde Höhe des Streitwertes.

²⁶⁾ ZPO § 5.

²⁷⁾ Rosenberg S. 224.

²⁸⁾ ZPO § 329 I, III.

²⁹⁾ Siehe dazu aber hinten S. 24; ZPO § 319.

³⁰⁾ ZJP 54 96; Baumbach § 276 3 c.

³¹⁾ GVG § 102; dazu OLG München LZ 1928 1567⁹ = ZJP 54 96.

ausschliesslich zuständig wäre. Treten neue Tatsachen auf, so können sie grundsätzlich nicht zu einer Rück- oder Weiterweisung führen³²⁾. Ausgenommen ist lediglich der Fall von ZPO § 506, wenn seine Voraussetzungen eintreten, nachdem bereits eine Verweisung vom Landgericht an das Amtsgericht stattgefunden hat. Wie die Voraussetzungen der Zuständigkeit dürfen die anderen Verweisungsumstände keiner Nachprüfung unterzogen werden. Ist z. B. die Verweisung ohne Antrag beschlossen worden, oder liegt irgend ein anderer Prozessverstoß vor³³⁾, so dürfen daraus keinerlei gegen die Gültigkeit des Verweisungsbeschlusses sprechende Konsequenzen gezogen werden. «Denn gerade darin besteht das Wesen dieser Bindung, dass sie auch den unrichtigen Beschluss deckt³⁴⁾.» Ist bei der Verweisung vom Amtsgericht an das Landgericht der Streitwert nach Verkündung des Verweisungsbeschlusses, aber vor der Verhandlung vor dem Landgericht unter die Zuständigkeitshöhe des Landgerichtes gesunken, so bewirkt die bindende Kraft des Verweisungsbeschlusses, dass das Landgericht die Sache trotzdem an die Hand nehmen muss.

Die bindende Kraft des Beschlusses geht aber nicht weiter, als sein Inhalt: so bezieht sich die Bindung bei einem Beschluss, der auf Grund von ZPO § 697 ausgesprochen wurde nur auf die sachliche Zuständigkeit zwischen Amts- und Landgericht, da nur diese vorausgesetzt ist und die Wirkung des Beschlusses ihre Grenze in der Prüfung der Zuständigkeit findet, auf der er basiert³⁵⁾.

Eine Verweisung, die nur wegen örtlicher Unzuständigkeit erfolgt ist, sagt über die sachliche Zuständigkeit nichts aus und verbietet weder eine Weiter- noch eine Rückverweisung³⁶⁾. Der Verweisungsbeschluss bindet nur, so weit er binden will. Wird nach ZPO § 506, also wegen sachlicher Unzuständigkeit vom Amtsgericht an das Landgericht verwiesen, und hat das verweisende Gericht die örtliche Zuständigkeit nicht durch Zwischenurteil nach ZPO § 275 bejaht, so hat das Landgericht also seine örtliche Zuständigkeit gemäss den allgemeinen Regeln zu prüfen³⁷⁾ und ist nicht gehindert, wegen örtlicher Unzuständigkeit an ein anderes Gericht weiter zu verweisen. Gegenüber den Amtsgerichten steht dem Landgericht eine Prüfung auch der sachlichen Zuständigkeit zu³⁸⁾.

Aus der Bindung des Gerichtes, an das verwiesen wurde und aus der Unanfechtbarkeit des Verweisungsbeschlusses ergibt sich weiter,

³²⁾ ZPO 263 II Ziff. 2; HRR 1941 607; anders KG ZZP 54 336.

³³⁾ RG 131 200; OLG Celle, NJW 1947/48 676.

³⁴⁾ Jonas § 276 IV 3; KG, JW 1929 269²; a. M. OLG Tübingen, NJW 1949 719; Ausnahme in RG 119 384; dagegen Leo Rosenberg in ZZP 53 394 ff.

³⁵⁾ Jonas § 697 II 4; RG 27 126, 29 152, 42 20/21; SeuffArch, Hamm 76 273.

³⁶⁾ RsprOLG 42 21.

³⁷⁾ Jonas § 506 II g. E.

³⁸⁾ Stuttgart SeuffArch 57 154 (Gewerbegerichtsgesetz betreffend); Jonas aaO.

dass die sachliche Entscheidung des Gerichtes, an das verwiesen wurde, nicht wegen Unzuständigkeit angefochten werden kann.

e) *Unanfechtbarkeit*

Der Verweisungsbeschluss ist für die Parteien völlig unanfechtbar³⁹⁾. Der Sinn des Verbotes der Anfechtung ergibt sich aus dem Zweck des Institutes der Verweisung⁴⁰⁾, Verzögerungen und Verteuerungen der Prozesse infolge Zuständigkeitsstreitigkeiten vorzubeugen. Es gilt das, was oben unter d) gesagt wurde.

f) *Beschwerde, Berichtigung, Bestimmung durch das höhere Gericht*

Wenn das Gericht sich durch Beschluss für unzuständig erklärt, ohne dass es gleichzeitig die Verweisung ausspricht⁴¹⁾, so liegt kein Verweisungsbeschluss im Sinne von ZPO § 276 vor. Gegen einen solchen Beschluss wird sowohl die Berufung wie auch die Beschwerde für zulässig erachtet⁴²⁾. Eine Beschwerde ist dann auch gegen den Verweisungsbeschluss gegeben, wenn er den gesetzlichen Anforderungen in einem derartigen Masse nicht entspricht, dass eine Partei ihres Rechtes beraubt würde. Dies wäre der Fall, wenn z. B. vom Amtsgericht an ein Obergericht verwiesen würde, das den Prozess, da die Verweisung sich nur mit der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit befasst, nicht aber auch der funktionellen, nicht betreiben könnte, während das verweisende Gericht sich auf die bindende Kraft und die Unanfechtbarkeit berufen würde⁴³⁾. Bei der Behandlung dieser Frage ist von dem Grundsatz auszugehen, dass ein Fehler des Gerichtes auf keinen Fall die Parteien in eine Notlage versetzen darf, die ihnen eine weitere Verfolgung ihres Rechtes unmöglich macht.

Nimmt das Gericht, an das verwiesen wurde, in Verkennung der bindenden Kraft des Verweisungsbeschlusses den Prozess nicht anhand, so kann das verweisende Gericht oder ein Beteiligter an das Oberlandgericht, das dem verweisenden Gericht vorgeordnet ist, den Antrag auf Entscheidung stellen⁴⁴⁾. Offenbare Unrichtigkeiten im Beschluss, wie Schreibfehler, Verwechslungen⁴⁵⁾ sind von dem verweisenden Gericht nach ZPO § 319 zu berichtigen⁴⁶⁾ und ändern nichts an der Gültigkeit des Beschlusses.

³⁹⁾ ZPO §§ 276 II, 506 II.

⁴⁰⁾ RG 108 264.

⁴¹⁾ Die beantragt und gerechtfertigt war.

⁴²⁾ Jonas § 276 II a. E.; dazu auch Jonas § 511 III 2 e.

⁴³⁾ Vgl. RG 119 384; Baumbach §§ 276, 313 d.

⁴⁴⁾ Analogie zu GVG § 159; Rosenberg S. 145/6; Lent in der Anmerkung zu NJW 1949 717⁹ a. E.

⁴⁵⁾ Z. B. zweier Orte mit gleichem Namen.

⁴⁶⁾ Jonas § 276 IV 1; LG Berlin, JW 38 466.

4. Wirkung der Verweisung

a) *Anhängigkeit*

Mit der Verkündung oder im schriftlichen Verkehr mit der Zustellung, die ihr gleich steht¹⁾, ist der Prozess bei dem Gericht, das im Beschluss bezeichnet ist, anhängig²⁾.

Die Anhängigkeit eines Verfahrens darf nicht mit der Rechtshängigkeit verwechselt werden. Anhängigkeit ist der weitere Begriff und bedeutet, dass das Gericht mit einem Verfahren befasst ist. Das Urteilsverfahren z. B. wird mit Einreichung der Klage³⁾ «anhängig». Die Verweisung nach ZPO § 276 betrifft ein Verfahren, das bereits rechtshängig ist und diese Rechtshängigkeit wird durch die Klageerhebung, also die Zustellung der Klageschrift begründet⁴⁾. Wird dagegen im Mahnverfahren nach ZPO § 697 II verwiesen, so tritt die Rechtshängigkeit erst nach der Verweisung ein, dies auf Grund von ZPO § 696 III, der bestimmt, dass, sofern ein Termin anberaumt wird, die Rechtshängigkeit mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eintritt⁵⁾. Anhängig hingegen ist der Streit beim zweiten Gericht mit der Zustellung des Beschlusses⁶⁾. Die Anhängigkeit besteht somit schon vor dem Zeitpunkt, in dem das Gericht, an das verwiesen wird, von ihr Kenntnis erhält, was erst der Fall ist, wenn es die durch das verweisende Gericht von Amts wegen zu übersendenden Akten erhält. Nach Eingang der Akten setzt das zweite Gericht von Amts wegen den Termin fest und lädt beide Parteien. War der Beklagte vor dem ersten Gericht säumig, so ist er trotzdem zu laden⁷⁾. Die Einlassungsfrist⁸⁾ muss nicht gewahrt werden, da es sich bei der Verweisung um die Fortsetzung eines anhängigen Verfahrens handelt und nicht um die Erhebung einer neuen Klage⁹⁾. Am Amtsgericht entfällt das Güteverfahren¹⁰⁾, das sonst der Verhandlung über die Klage voranzugehen hat.

Mit der Verkündung des Verweisungsbeschlusses ist das Gericht, an das verwiesen wurde, Prozessgericht geworden, es ist von diesem Moment an seine Sache, den Prozess zu führen und die Klage zu ent-

1) EntIVO § 7.

2) «Die Formulierung in 276 II „gilt als anhängig“ ist irreführend.» Baumbach § 276 3 D.

3) ZPO §§ 253 V, 496 II.

4) ZPO §§ 263, 253.

5) OLG Nürnberg, SeuffArch 86 40.

6) ZPO § 697.

7) arg. ZPO § 335².

8) ZPO § 265.

9) Jonas § 276 IV 2 a. E.

10) ZPO §§ 262, 499, 520 II, 555 II.

scheiden. Das Verfahren vor der Verweisung behält in vollem Umfange seine prozessuale Bedeutung bei und bildet mit dem nachfolgenden Verfahren ein einheitliches Ganzes¹¹⁾. Ob die Handlungen vor dem Beschluss oder nachher, vor dem zuständigen oder vor dem unzuständigen Gericht vorgenommen worden sind, ist unerheblich, da entscheidend ist, ob das Gericht, vor dem die Handlungen vorgenommen worden sind, Prozessgericht war oder nicht¹²⁾.

Die Wirkungen der Rechtshängigkeit, insbesondere die Unterbrechung der Verjährung¹³⁾, die vor dem zuerst angerufenen Gericht eingetreten sind¹⁴⁾, bleiben in vollem Umfange erhalten. Streitig ist die Frage, ob die Ausschlussfristen¹⁵⁾ als gewahrt zu betrachten sind, wenn die Klage wohl rechtzeitig bei dem unzuständigen Gericht angehoben worden ist, die Frist aber vor der Verweisung abgelaufen ist. Jonas¹⁶⁾ tritt dafür ein, dass die Fristen unter allen Umständen gewahrt seien. Das Reichsgericht bejaht die Wahrung, wenn das zuständige Gericht, an das verwiesen wurde, örtlich nicht ausschliesslich zuständig ist. Die Bejahung erfolgt hier wegen der Möglichkeit der Prorogation und im Hinblick auf die Klageerweiterung¹⁷⁾. Ebenso bejaht das Reichsgericht für den Fall, dass die Klage vor dem wohl örtlich, aber nicht sachlich zuständigen Gericht erhoben wird¹⁸⁾. Hingegen wurde die Frage verneint für den Fall, dass die örtliche ausschliessliche Zuständigkeit in Frage steht¹⁹⁾.

Die Kraft der Handlungen, die das verweisende Gericht vorgenommen hat, bleibt erhalten²⁰⁾. Ebenso bleiben die vor dem unzuständigen Gericht vorgenommenen Parteihandlungen²¹⁾ in vollem Umfange bestehen. Unterlassene Prozesshandlungen dürfen dann nachgeholt werden, wenn ihre Nachholung bei einer Fortsetzung des Prozesses vor dem verweisenden Gericht zulässig gewesen wäre. Prozesshindernde Einreden, die vor dem verweisenden Gericht im Moment der Verweisung noch hätten vorgebracht werden können²²⁾, sind so lange nicht verwirkt, also auch vor dem zweiten Gericht ge-

¹¹⁾ arg. ZPO 276 III.

¹²⁾ Jonas § 276 IV 4.

¹³⁾ RG 115 140.

¹⁴⁾ BGB § 209.

¹⁵⁾ Ausschluss- oder Präklusivfristen sind solche, die bestimmen, dass ein Recht nur innerhalb der Frist ausgeübt werden kann. Z. B. BGB §§ 121, 123, 1944.

¹⁶⁾ § 276 IV 2.

¹⁷⁾ RG 93 312 ff; siehe auch RG 94 135/6, 114 126.

¹⁸⁾ RG 149 10/12, 141 233.

¹⁹⁾ PreussEnteignG § 30, JW 1917 231²¹ = Warn 1917 8; RG 92 40 ff; vgl. dazu Mugdan, GruchBeitr 64 314 ff und OLG Stettin, JW 1926 2273³. Siehe auch RG 131 201/2. Rosenberg S. 146.

²⁰⁾ Betr. Beweisaufnahme siehe ZPO 285 II.

²¹⁾ Antrag, Erklärung, Geständnis, Widerklage usw.

²²⁾ ZPO § 504.

stattet, als nicht die Wirkung von ZPO § 274 ihr Vorbringen unzulässig macht²³⁾.

b) *Fortdauer der Vollmacht*

Da, wie oben ausgeführt, die Verfahren vor den beiden Gerichten ein einheitliches Ganzes bilden, überdauert auch die Vollmacht die Verweisung. Diese Fortdauer der Vollmacht ist insofern selbstverständlich, als die Vollmacht ja den Rechtsstreit, für den sie erteilt wurde, in allen Stadien erfasst, wie sie etwa durch Klageänderung, Nebenintervention und Einspruch veranlasst werden²⁴⁾. Ist der Bevollmächtigte an dem Gericht, an das verwiesen ist, nicht als Anwalt zugelassen, so schadet das insofern nicht, als die Vollmacht ja für den Rechtsstreit auch nach seiner Verweisung gilt. Die Fortdauer der Vollmacht hat aber nicht zur Folge, dass der Anwalt, der an dem Gericht nicht zugelassen ist, die Postulationsfähigkeit erlangen würde, sondern bewirkt lediglich, dass er einen Anwalt verpflichten darf, der zugelassen ist. Die Ladung vor das zweite Gericht muss also an den bisherigen Prozessbevollmächtigten gerichtet werden²⁵⁾. Lässt das Gericht einen vollmachtlosen Stellvertreter zu, weil es die Beibringung der Vollmacht noch erwarten kann, so wird dieser zwar zur Prozessführung im Namen der vertretenen Partei ermächtigt, und der Prozess kann fortgeführt werden. Das Endurteil aber, und auch ein etwa erforderlicher weiterer Verweisungsbeschluss, dürfen erst erlassen werden, wenn die nach ZPO § 89 zu bestimmende Frist für die Genehmigung der Prozessführung durch den Vertretenen abgelaufen ist²⁶⁾.

c) *Kostenregelung*

Da das Verfahren vor dem verweisenden Gericht und demjenigen, an das verwiesen wurde, ein einheitliches ist, müssen auch die Kosten, die vor beiden Gerichten entstanden sind, eine Einheit bilden. Die Entscheidung über die Kosten trifft allein das zweite Gericht; der Verweisungsbeschluss darf keine Kostenfestsetzung enthalten. Diese Regelung hat auch Gültigkeit, wenn es sich um Gerichte verschiedener Länder der deutschen Bundesrepublik handelt. Es entspricht einem Grundsatz der Billigkeit und dient der Erreichung einer sorgfältigen Prozessführung, wenn weiter durch ZPO §§ 276, III, 506 II, festgelegt ist, dass die Mehrkosten, die durch die Anrufung eines unzuständigen Gerichtes entstanden sind, dem Antragsteller auf alle Fälle auferlegt werden müssen, auch dann,

²³⁾ Dies gilt grundsätzlich für alle Prozesshandlungen.

²⁴⁾ ZPO § 81.

²⁵⁾ ZPO § 176; Rosenberg S. 146, 209; OLG Naumburg, HRR 1929 435 = JW 1929 1927¹⁸.

²⁶⁾ ZPO § 89 I; Rosenberg S. 217.

wenn er in der Hauptsache obsiegt. Ebenso hat der Kläger die Mehrkosten zu tragen, wenn das Gericht nicht hätte verweisen dürfen²⁷⁾. Insbesondere darf die Verweisung im Rahmen der Kostenentscheidung nicht überprüft werden²⁸⁾. Unter Mehrkosten sind vor allem die Kosten zu verstehen, die am verweisenden Gericht entstanden sind, und die auftreten, wenn der Beklagte am neuen Gericht einen neuen Anwalt bestellen muss oder keinen mehr benötigt. Nur dann, wenn der Wechsel in der Person des Anwaltes eintreten «musste»²⁹⁾, entstehen Mehrkosten, die zu erstatten sind. Der Wechsel muss auf Gründe zurückgehen, «die die beklagte Partei weder verhindern noch von vorneherein vermeiden konnte; in letzterer Hinsicht ist entscheidend, ob die Partei im Zeitpunkt der Bestellung des Anwaltes damit rechnen musste, dass der von ihr beauftragte Anwalt nicht in der Lage sein werde, den Prozess durchzuführen»³⁰⁾. Daher sind, wenn der Prozess an ein Gericht verwiesen wird, in dem der gewählte Anwalt nicht zugelassen ist, er also auf Grund seiner Vollmacht, oder die beklagte Partei einen neuen zugelassenen bestellen muss, die so entstehenden Mehrkosten dann erstattungsfähig, wenn die Partei bei der Bestellung des Anwaltes nicht damit rechnen musste, dass es zu einer Verweisung kommen würde. Kann die Partei hingegen die Verweisung mit Sicherheit voraussehen und wählt trotzdem einen Anwalt, der nach der Verweisung nicht mehr postulationsfähig ist, so fallen diese Mehrkosten nicht unter ZPO §§ 276 III, Satz 2³¹⁾. Fälle, in denen der Anwaltswechsel nicht zur Erstattung der Mehrkosten führt, sind z. B.: Einklagen von Teilansprüchen³²⁾, Beantragung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung beim Landgericht durch einen auswärtigen Anwalt im Falle, dass demnächst mündliche Verhandlung angeordnet wird, Beauftragung eines Amtsgerichtsanwaltes mit der Wahrnehmung des amtsgerichtlichen Termins und des Verweisungsantrages³³⁾.

Benötigt die Partei vor dem Gericht, an das verwiesen ist, keinen Anwalt mehr, so bei Verweisung vom Landgericht an das Amtsgericht, so hat dies nicht zur Folge, dass die vor dem verweisenden Gericht durch die Bestellung eines Anwaltes entstandenen Mehrkosten nicht erstattet werden müssten³⁴⁾.

Was bei der Entscheidung über die Mehrkosten als «Regel» gilt, ist umstritten; zwei Auffassungen treten in den hierüber ergangenen

²⁷⁾ RsprOLG 29 175.

²⁸⁾ Jonas § 276 VIII 1.

²⁹⁾ ZPO § 91 II.

³⁰⁾ Jonas § 91 IX 5.

³¹⁾ KG JW 35 872, 36 200, Naunburg JW 36 1692; Hamburg JW 36 1141, 37 573.

³²⁾ Siehe KG JW 34 1919.

³³⁾ Siehe KG JW 34 1919, Jonas § 91 IX 5 c.

³⁴⁾ Jena, JW 34 2085.

Entscheidungen einander gegenüber: 1. Die Mehrkosten sind grundsätzlich dem Kläger aufzuerlegen, nur dann nicht, wenn die Verweisung als sicher zu erwarten war³⁵). 2. Die Mehrkosten sind grundsätzlich dem Kläger nicht aufzuerlegen, nur dann, wenn als sicher angenommen werden musste, dass eine Verweisung nicht erfolgen würde, hat sie der Kläger zu tragen³⁶). Von diesen beiden Ansichten verdient die erstere meines Erachtens den Vorzug. Denn nur sie wird dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes gerecht.

Im Mahnverfahren muss der unterliegende Schuldner die Kosten übernehmen³⁷).

Im Falle von ZPO § 506 wird der Kläger nicht zu den Mehrkosten verurteilt, da ZPO § 276 III, Satz 2, in ZPO § 506 II ausdrücklich nicht erwähnt ist. Eine Auferlegung der Mehrkosten auf den Kläger wäre hier auch nicht gerechtfertigt. Die Kostenauflegung erfolgt im Falle ZPO § 506 nach allgemeinen Regeln³⁸). Für das Güteverfahren gilt der Grundsatz von ZPO § 276 III Satz 2³⁹).

Streitig ist die Frage, wie abzuhelpen sei, wenn die Verurteilung des Klägers in die Mehrkosten versäumt wurde. Einigkeit herrscht darüber, dass der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle im Kostenfestsetzungsverfahren nicht Abhilfe schaffen darf⁴⁰). Nach Rosenberg⁴¹) kann der Mangel nur mit Hilfe eines Rechtsmittels beseitigt werden: nicht anwendbar ist ZPO § 319⁴²), da das Gericht weder entschieden hat noch hat entscheiden wollen. Ebenso wenig hilft ZPO § 321⁴³), da die Kostenentscheidung keine Lücke lässt⁴⁴). Nach Baumbach-Lauterbach⁴⁵) liegt regelmässig eine unvollständige Kostenentscheidung vor, die nach ZPO § 321 zu ergänzen ist: wenn dem Beklagten alle Kosten auferlegt sind, so heisst das, dass die Mehrkosten einfach übersehen wurden⁴⁶). Gl. M. Jonas, aber mit der Bemerkung, dass es sich streng genommen nicht um eine unvollständige, sondern um eine sachlich falsche Kostenentscheidung handle⁴⁷).

³⁵) Z. B. Düsseldorf, JW 35 3053; Dresden, JW 35 1720.

³⁶) Z. B. Naumburg, JW 36 1692.

³⁷) ZPO §§ 698 mit 697 I, 700 Satz 3.

³⁸) ZPO §§ 91 ff.

³⁹) Dazu Jonas § 91 VI 2.

⁴⁰) OLG Frankfurt, JW 1928 1523²⁸; OLG Kiel, HRR 1929 660 und JW 1929 1687⁴²; KG JW 1933 2018⁴¹; immerhin andere Auffassung in OLG Breslau JW 1928 750³⁴; JW 31 1847.

⁴¹) Seite 146.

⁴²) Berichtigung offenkundiger Unrichtigkeiten des Urteils.

⁴³) Ergänzung des Urteils wegen Uebergehen eines Anspruches.

⁴⁴) So auch Gaedeke in der Anmerkung zu LG Detmold, JW 1934 709⁴.

⁴⁵) § 276 4.

⁴⁶) HRR 35 43.

⁴⁷) Jonas § 276 VIII; Karlsruhe JW 31 3607.

Meines Erachtens ist Jonas zuzustimmen. Vom Standpunkt des das ganze Verfahren beherrschenden Grundsatzes der Prozessökonomie aus ist auch hier der kürzeste und billigste Weg zu wählen. Die Unvollständigkeit des Urteils ist im Wege des ZPO § 321 ohne weiteres zu beseitigen. Es ist unnötig, die beklagte Partei aus diesem Grunde an eine neue Instanz zu verweisen.

Wenn beim unzuständigen Gericht Säumniskosten erwachsen, so trägt diese der Säumige. Bei einer Verweisung in zweiter Instanz kommen nur die Mehrkosten der ersten Instanz in Frage⁴⁸⁾.

⁴⁸⁾ JW 19 688.

5. Die Verweisung an die Kammer für Handelssachen und die Zivilkammer¹⁾

a) *Allgemeines*

Die Abteilungen, die am Landgericht zur Rechtssprechung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten berufen sind, sind die Zivilkammern und die durch die Justizverwaltung nach Bedürfnis, möglicherweise auch nur für einen Teil des Gerichtsbezirkes²⁾ eingerichteten Kammern für Handelssachen. Letztere entscheiden in der Besetzung mit einem beamteten Mitglied des Landgerichts als Vorsitzenden und zwei ehrenamtlichen Handelsrichtern, während erstere nur mit hauptamtlichen Richtern besetzt sind. Bei den beiden Kammern handelt es sich nicht um verschiedene Gerichte, sondern um zwei verschiedenartig besetzte Abteilungen des gleichen Gerichtes; beide Kammern sind Träger der dem Landgericht zugewiesenen Zuständigkeit. Das Verhältnis zwischen den beiden Kammern untersteht nicht den Vorschriften über die Zuständigkeit; es findet seine Regelung ausschliesslich durch GVG 96—102.

Dem Verhältnis der Kammern zueinander kommt somit die Bedeutung einer internen Geschäftsverteilung zu: die Normen über die Vereinbarung der Zuständigkeit³⁾ können nicht angewendet werden⁴⁾. Der Einfluss der Parteien beschränkt sich darauf, den Verweisungsantrag zu stellen oder nicht zu stellen⁵⁾. Wenn die fehlende Zuständigkeit der Zivilkammer oder der Kammer für Handelssachen gerügt wird, so begründet das keine Unzuständigkeitseinrede im Sinne von ZPO § 274 II Ziff. 1 und führt weder zu einer abgesonderten Verhandlung⁶⁾ noch zu einer Verweisung⁷⁾. Wenn die eine Kammer an Stelle der anderen entschieden hat, so kann aus diesem Grunde kein Rechtsmittel ergriffen werden⁸⁾. Die Entscheidung ist vielmehr wirksam, da die Kammer für Handelssachen die Gerichtsgewalt auch in Nichthandelssachen besitzt, wie die Zivilkammer in Handelssachen.

¹⁾ Dazu Rosenberg S. 127.

²⁾ GVG § 92.

³⁾ ZPO §§ 38 ff.

⁴⁾ arg. GVG § 98 IV.

⁵⁾ Jonas § 276 V.

⁶⁾ ZPO § 275.

⁷⁾ ZPO § 276.

⁸⁾ RG 48 29; GruchBeitr 37 766.

b) *Verweisung an die Kammer für Handelssachen*

aa) Allgemeines

Für den Fall, dass ein Rechtsstreit vom Amtsgericht an die Kammer für Handelssachen verwiesen werden soll⁹⁾, ist ein Antrag des Klägers notwendig, der in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht zu stellen ist¹⁰⁾. Im Mahnverfahren kann die Verweisung auch schon im Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls beantragt werden¹¹⁾. Das Amtsgericht hat nicht selber an die Kammer für Handelssachen zu verweisen, da für die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen nicht die Verweisung des Amtsgerichtes ausschlaggebend ist, sondern nur der Antrag des Klägers¹²⁾. Die Verweisung bindet die Kammer für Handelssachen nicht, soweit es darum geht, die Kammer für Handelssachen als Gerichtsabteilung für zuständig zu erklären, was voraussetzt, dass eine Handelssache nach GVG § 95 vorliegt. Diese Entscheidung aber kann nicht das Amtsgericht, sondern nur die Kammer für Handelssachen treffen. Die Verweisungsbestimmungen der ZPO lassen nur eine bindende Verweisung an das Landgericht zu, nicht aber an die verschiedenen Kammern der Landgerichte¹³⁾.

Mit dem Antrag auf Verweisung kann nur erreicht werden, dass der Verhandlungstermin vor der Kammer für Handelssachen anberaumt wird, wobei diese aber noch auf Grund der Prüfung nach GVG § 97 an die Zivilkammer verweisen kann, wenn der Klageanspruch keine Handelssache betrifft.

Bindende Kraft wohnt dem Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts nur insofern inne, als sie die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Landgerichtes betrifft, oder die örtliche Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen, wenn diese nur für einen Teil des Gerichtsbezirkes errichtet ist.

Ueber den Zeitpunkt der Antragstellung ist zu sagen: er liegt vor der Verhandlung zur Sache, auch vor der Verhandlung von Sachen prozessualer Natur. Verhandlung und Entscheidung über den Antrag haben vorab vor der Behandlung aller anderen prozess- oder materiell-rechtlichen Fragen zu erfolgen¹⁴⁾. Die Entscheidung über die Verweisung geht von der Kammer aus, die mit der Sache befasst ist, sei es die Zivilkammer, sei es die Kammer für Handelssachen. Sie erfolgt durch Beschluss.

⁹⁾ ZPO §§ 276, 506, 697.

¹⁰⁾ GVG § 96 II.

¹¹⁾ ZPO § 697 II.

¹²⁾ GVG § 96 II; a. M. LG I Berlin, ZZP 53 29.

¹³⁾ KG RsprOGL 33 78; vgl. Engelbert Hübner ZZP 53 492; Rosenberg S. 128.

¹⁴⁾ GVG § 101.

Sowohl die verweisende Kammer als die Kammer, an die verwiesen wurde, sind durch den Beschluss gebunden¹⁵⁾, der völlig unanfechtbar ist¹⁶⁾. Die Parteien können den Beschluss auch dann nicht anfechten, wenn er die Verweisung ablehnt. Ist die Verweisung, trotzdem sie beantragt war oder von Amts wegen hätte erfolgen können, stillschweigend unterblieben, hat also die Zivilkammer an Stelle der Kammer für Handelssachen entschieden oder umgekehrt, so ergibt sich daraus keine Anfechtbarkeit der sachlichen Entscheidung.

bb) Verweisung von der Zivilkammer an die Kammer für Handelssachen

Ist die Zivilkammer mit einer Klage befasst, die vor die Kammer für Handelssachen gehört, so kann niemals eine Verweisung von Amts wegen erfolgen¹⁷⁾, sondern nur auf Antrag des Beklagten¹⁸⁾. Wenn der Beklagte die Verweisung beantragt, obwohl er nicht im Handelsregister eingetragen ist, so darf dem Verweisungsantrag nicht gefolgt werden, ebenso ist er zu verwerfen, wenn nicht die ganze Streitsache Handelssache ist. Zustimmung des Klägers kann daran nichts ändern¹⁹⁾. Fehlt es auch nur für einen Beklagten, einen Klageanspruch oder einen Klagegrund an den für die Eigenschaft als Handelssache notwendigen Erfordernissen, so gehört der Rechtsstreit nicht vor die Kammer für Handelssachen²⁰⁾. Dies gilt auch dann, wenn die Widerklage nach ZPO § 506 erhoben wird.

c) Verweisung von der Kammer für Handelssachen an die Zivilkammer

Ein Prozess, der nicht in vollem Umfange Handelssache ist und der durch Klage, Klageänderung²¹⁾, Zwischenklage²²⁾ oder Widerklage²³⁾ vor die Kammer für Handelssache gebracht worden ist, wird auf Antrag des Beklagten²⁴⁾ oder von Amts wegen an die Zivil-

¹⁵⁾ GVG § 102 Satz 2.

¹⁶⁾ GVG § 102 Satz 1.

¹⁷⁾ GVG § 98 III.

¹⁸⁾ GVG § 98 I Satz 1.

¹⁹⁾ GVG § 98 IV.

²⁰⁾ Rosenberg S. 127.

²¹⁾ «Die Klageänderung ist nur in 99 II GVG erwähnt, aber es sollte wohl auch Abs. 1 für sie entsprechend geltend.» Jonas § 276 V, Anm. 24.

²²⁾ ZPO § 280.

²³⁾ ZPO § 33.

²⁴⁾ GVG § 97 I, 99 II.

kammer verwiesen. Die Verweisung umfasst den ganzen Rechtsstreit, nicht etwa nur den Anspruch und den Klagegrund, der Nichthandelssache ist ²⁵⁾).

Die Verweisung erfolgt auch dann, wenn der Rechtsstreit durch Antrag des Klägers vor dem Amtsgericht von diesem an die Kammer für Handelssache verwiesen worden war. Die Kammer für Handelssachen ist also an die Verweisung nicht in dem gleichen Masse gebunden, wie im Falle einer Verweisung nach ZPO §§ 506, 276. Der Antrag zur Verweisung darf in der Regel nur von dem Beklagten aus gehen ²⁶⁾. Der Kläger ist nur dann antragsberechtigt, wenn eine Widerklage erhoben wird, die von Anfang an oder infolge Klageänderung oder Klageerweiterung keine Handelssache ist.

Die Kammer für Handelssachen darf unter den oben angeführten Voraussetzungen auch von Amts wegen verweisen, solange noch kein Beschluss auf Grund der Verhandlungen zur Hauptsache verkündet ist ²⁷⁾. Da für die Verweisung von Amts wegen kein Antrag notwendig ist, kann sie auch noch erfolgen nach Verlust des Antragsrechtes. Keine Verweisung von Amts wegen rechtfertigt der blosse Umstand, dass der Beklagte kein Kaufmann ist ²⁸⁾.

Im ganzen betrachtet ist das Verweisungsverfahren vor der Kammer für Handelssachen wesentlich freier gestaltet als im gewöhnlichen Prozess. Dies hat seinen Grund in der besonderen Zusammensetzung der Kammern für Handelssachen, die nur mit einem ständigen, beamteten Richter und daneben mit zwei ehrenamtlich tätigen, jeweils wechselnden Handelsrichtern besetzt sind.

²⁵⁾ arg. GVG §§ 97 II, 98 II, LG Hamburg, Hansen RGZ, Abt. B 1928 447¹⁹⁹.

²⁶⁾ GVG § 97 I.

²⁷⁾ GVG §§ 97 II, 99 II.

²⁸⁾ GVG § 97 II Satz 2.

6. Die Verweisung in der Rechtsmittelinstanz

a) Grundsätzliches

Die Verweisung ist in der höheren, auch erstmalig in der Revisionsinstanz zulässig¹⁾. Wenn der untere Richter sich als zuständig erachtet hat und sich in der höheren Instanz seine Unzuständigkeit ergibt, sei es, dass das höhere Gericht bei der Prüfung der Zuständigkeit zu einem anderen Ergebnis gekommen ist als der untere Richter, sei es, dass die Voraussetzungen von ZPO § 506²⁾ erst in der zweiten Instanz auftreten³⁾, hat auf Antrag und unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Verweisung zu erfolgen. Es sei aber im Hinblick auf die Nachprüfungen der vom unteren Richter bejahten Zuständigkeit durch die höhere Instanz auf die Beschränkungen hingewiesen, die sich aus ZPO §§ 10, 512 a, 549 II ergeben⁴⁾. Hat das untere Gericht die Klagen wegen Unzuständigkeit und mangels Verweisungsantrag abgewiesen, so kann dieser Antrag, auch hilfsweise⁵⁾ am höheren Gericht noch gestellt werden. Kommt dann auch das Rechtsmittelgericht zu der Auffassung, der untere Richter sei nicht zuständig, so erfolgt Aufhebung des angefochtenen Urteils und Verweisung an das hiernach zuständige Gericht.

Wenn das Rechtsmittelgericht verweist, so muss es das Urteil der Vorinstanz, das die Zuständigkeit entweder bejaht oder die Klage wegen Unzuständigkeit abweist, aufheben. Die Verweisung kann hier, weil mit ihr die Aufhebung von Urteilen verbunden ist, nicht durch Beschluss erfolgen, sondern hat in Urteilsform zu geschehen⁶⁾, wobei dieses Urteil unanfechtbar ist in entsprechender Anwendung von ZPO § 276 II⁷⁾.

Auf Grund der dargelegten Ordnung ist es möglich, dass das Berufungsgericht den Streit an sich selbst als erste Instanz verweisen muss: wenn gegen ein amtsgerichtliches Urteil Berufung eingelegt wird und sich im Berufungsverfahren ergibt, dass das übergeordnete Landgericht, das jetzt mit der Berufung befasst ist, zuständig ist,

¹⁾ RG 95 281, 165 38 f.; OLG Frankfurt, HEZ 1 54; BayObLG, HEZ 2 144 f. = NJW 1949 223³⁾; a. M. RG 130 54.

²⁾ Dazu Jonas § 506 N 5.

³⁾ a. M. RG 119 382; dagegen Leo Rosenberg in ZZP 53 394 ff. zur gleichen Frage Baumbach § 276 2 a: «Klageerweiterung rechtfertigt eine derartige Verweisung nie.» Rosenberg S. 144.

⁴⁾ Keine Anfechtung eines landgerichtlichen Urteils, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichtes begründet gewesen wäre, ZPO § 10; weder Berufung noch Revision wegen örtlicher Unzuständigkeit des Gerichtes, das die Entscheidung erlassen hat, ZPO §§ 512 a, 549 II.

⁵⁾ RG 108 263.

⁶⁾ RG 95 281; OLG Celle, HRR 1939 41.

⁷⁾ RG 95 280, 108 263; KG JW 21 472.

so muss es an sich selbst als erste Instanz verweisen. Gerade aus diesem Fall erhellt deutlich, warum die Entscheidung des Vorrichters durch Urteil und nicht durch Beschluss aufgehoben werden muss. Denn sonst könnte das Landgericht nur als Berufungsgericht entscheiden, was zur Folge hätte, dass seine Entscheidung unanfechtbar wäre. Der gleiche Fall kann eintreffen bei einem Oberlandgericht, z. B. bei einer Verweisung im Wiederaufnahmeverfahren durch das Berufungsgericht⁸⁾). Zum Widerspruch des Reichsgerichts, das, gestützt auf ZPO § 565 III in RG 130 53, die Verweisung in der Revisionsinstanz ablehnte, allerdings in RG 165 384 über die Richtigkeit dieser Ablehnung Zweifel äusserte und in RG 170 232 sogar die Verweisung aus der Revisionsinstanz an ein anderes Landgericht als erste Instanz zuließ, ist zu bemerken, dass er sich nicht wird aufrecht erhalten lassen⁹⁾). Denn die Bestimmung des ZPO § 565 III muss hinter dem durch ZPO § 557 für anwendbar erklärten ZPO § 276 zurücktreten. Der Grundsatz der ökonomischen Durchführung des Rechtsstreites muss auch hier siegen¹⁰⁾). Zu beachten ist auch, dass das Reichsgericht in RG 60 321 22 die Verweisung des Landgerichtes als Berufungsgericht an sich als erste Instanz nicht rügt¹¹⁾).

b) Im Verhältnis zwischen Kammer für Handelssachen und Zivilkammer

Auch in der Berufungsinstanz gilt, was bereits über die Verweisung zwischen Zivilkammer und Kammer für Handelssachen gesagt wurde¹²⁾). Die Kammer für Handelssachen befasst sich nur dann mit der Berufung, wenn der Berufungskläger in seiner Berufungsschrift darauf angetragen hat¹³⁾), oder wenn der Berufungsbeklagte einen Antrag auf Verweisung gestellt hat, und die Zivilkammer diesem gefolgt ist¹⁴⁾). Wurde bei der Kammer für Handelssachen eine Berufung eingelegt, die eine Nichthandelssache betrifft, so kann entweder auf Antrag oder auch von Amts wegen Verweisung an die Zivilkammer erfolgen¹⁵⁾), nicht aber darf die Kammer für

⁸⁾ OLG Stettin, JW 1925 2273³.

⁹⁾ Gegen RG 130 53 Jonas in JW 30 3483.

¹⁰⁾ In Kohlhammer-Gesetzestexte: ZPO herausgegeben von Eberhard Butteweg, Stuttgart und Köln 1949 findet sich zu § 565 III Ziff. 2 die Anmerkung: «Kann auch durch Verweisung nach 276 geschehen. Bayr. ObLG. München in NJW 1949, 223.»

¹¹⁾ Rosenberg 144.

¹²⁾ GVG § 100.

¹³⁾ GVG § 96 I.

¹⁴⁾ GVG § 98.

¹⁵⁾ GVG §§ 97, 99.

Handelssachen die Berufung als unzulässig¹⁶⁾ abweisen. Auch das Verfahren folgt dem der ersten Instanz: Entscheidung über die Verweisung durch die angegangene Kammer¹⁷⁾ nach mündlicher Verhandlung und durch bindenden¹⁸⁾ und unanfechtbaren Beschluss¹⁹⁾.

Die Kammer für Handelssachen tritt für Handelssachen auch als Beschwerdegericht, also bei der Anfechtung weniger wichtiger Entscheidungen, insbesondere über die lediglich das Verfahren betreffenden Gesuche, wie sie in ZPO §§ 567 ff. geregelt sind, an Stelle der Zivilkammer des Landgerichts²⁰⁾. Deshalb ist die der Kammer für Handelssachen oder der Zivilkammer vorgelegte Beschwerde von Amts wegen darauf hin zu prüfen, ob sie bei der richtigen Kammer angebracht ist. Gehört sie, je nach ihrer Eigenschaft als Handelssache oder als Nichthandelssache vor die andere Kammer, so erfolgt Verweisung an diese, und zwar ohne Antrag von Amts wegen²¹⁾. Wenn aber die angegangene Kammer als Berufungsgericht schon mit der Hauptsache befasst ist, oder wenn sie in der Hauptsache bereits eine Entscheidung, die auch auf Verwerfung der Berufung als unzulässig gerichtet sein kann, erlassen hat, darf keine Verweisung erfolgen, wohl aber, wenn sie in der Hauptsache nach ZPO § 276 verwiesen hat²²⁾. Auch hier ist die Entscheidung über die Verweisung bindend und unanfechtbar, und es kann die sachliche Entscheidung über die Beschwerde nicht mit der Begründung angefochten werden, dass die unrichtige Kammer sie erlassen habe.

¹⁶⁾ Weil bei der unzuständigen Instanz angebracht.

¹⁷⁾ ZPO § 523.

¹⁸⁾ GVG § 102 Satz 2.

¹⁹⁾ GVG § 102 Satz 1.

²⁰⁾ GVG § 94.

²¹⁾ GVG § 104 I.

²²⁾ GVG § 104 II; Rosenberg S. 129.

7. Die Verweisung im Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Sondergerichten ¹⁾

a) Grundsätzliches

Das deutsche Recht kennt in begrenztem Umfange für gewisse Streitsachen, die ein besonders einfaches, rasches und billiges Verfahren zulassen, besondere Gerichte, im Gegensatz zu den ordentlichen Gerichten Sondergerichte genannt. Zu diesen Sondergerichten gehören die Agrargerichte für Streitigkeiten in Landeskultursachen, die Gemeindegerichte in Württemberg und Baden für vermögensrechtliche Streitigkeiten im Werte bis 100 DM und die Rhein- und Elbeschiffahrtsgerichte ²⁾. Die wichtigsten Sondergerichte sind die Arbeitsgerichtsbehörden, die zunächst ausser Betracht bleiben sollen und gesondert behandelt werden.

Ob im Verhältnis zwischen den ordentlichen Gerichten und den Sondergerichten eine Verweisung für zulässig erachtet wird, hängt davon ab, ob man das Verhältnis als eine Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges oder als eine solche der sachlichen Zuständigkeit betrachtet. Dieses Problem ist streitig. Rosenberg ³⁾ und Schönke ⁴⁾ sowie Jonas ⁵⁾ vertreten die Auffassung, dass die Zulässigkeit des Rechtsweges nur im Verhältnis zwischen den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsinstanzen in Frage stehe, dass es sich im Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Sondergerichten hingegen um Fragen der sachlichen Zuständigkeit handelt. Baumbach-Lauterbach ist der gegenteiligen Ansicht ⁶⁾.

Die streitige Zivilgerichtsbarkeit ist ihrerseits von der Verwaltungsgerichtsbarkeit streng geschieden. Neben den Gegensatz von Zivilweg und Verwaltungsweg tritt der Unterschied zwischen dem ordentlichen Rechtsweg und dem Rechtsweg vor einem besonderen Gericht ⁷⁾. Welcher Rechtsweg gemeint ist, wenn von Unzulässigkeit des Rechtsweges gesprochen wird, ist jeweils aus dem Wortlaut und Sinn der einzelnen Vorschrift zu entnehmen, wie Nikisch mit Recht annimmt. Nikisch erwähnt hierbei RG 156 279 und schreibt dazu: «Der grosse Senat des Reichsgerichtes hat in einem Beschluss vom 21. Dezember 1937 (RGZ 156 279) in Abweichung von der früheren ständigen Rspr. des RG ausgesprochen, die „Unzulässigkeit des

¹⁾ Vgl. Anm. 3—6 unten.

²⁾ Vgl. GVG § 140.

³⁾ S. 61.

⁴⁾ S. 41.

⁵⁾ § 276 VI und die dort zitierten Stellen.

⁶⁾ § 276 I b.

⁷⁾ Nikisch S. 56.

Rechtsweges' müsse allgemein im Sinne der Prozessgesetze als gleichbedeutend betrachtet werden mit der 'Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges', die Trennungslinie sei also zu ziehen zwischen den ordentlichen Gerichten auf einer Seite und allen anderen zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten berufenen öffentlichen Stellen auf der anderen Seite mit Einschluss der besonderen Gerichte der Zivilgerichtsbarkeit. Zur Begründung wird angeführt, dass sich bei manchen Sondergerichten nicht mehr einwandfrei entscheiden lasse, ob es sich um ein Verwaltungsgericht oder um ein besonderes Gericht im Sinne der §§ 13, 14 GVG handle. Auch müsse dafür gesorgt werden, dass den besonderen Gerichten die ihnen ausschliesslich zugewiesenen Sachen nicht im Einzelfall entzogen werden, was nur zu erreichen sei, wenn die ordentlichen Gerichte, wie es hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtsweges vorgeschrieben ist, auch die ausschliessliche Zuständigkeit eines besonderen Gerichtes von Amts wegen und in jeder Lage des Verfahrens zu beachten haben.»

Das Reichsgericht hat hiernach klar ausgesprochen, dass im Verhältnis der ordentlichen und Sondergerichte eine Verweisung nicht in Frage kommt.

Nur dann ist das Verweisungsverfahren auch hier anzuwenden, wenn dies vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet ist, wie es in ArbGG § 44 geschehen ist. Im Ergebnis stimmt dieser Folgerung auch Rosenberg⁸⁾ bei, wenn er sagt: «Im Verhältnis der ordentlichen und der Sondergerichte zueinander gilt das Verweisungsverfahren von ZPO § 276, sofern für die Sondergerichte die Bestimmungen der ZPO anwendbar sind (OLG Celle, ZZP 53 157), wie es im Verhältnis zu den Arbeitsgerichten ausdrücklich angeordnet ist.» Jonas erklärt⁹⁾, dass eine Verweisung an andere als Arbeitsgerichte nicht in Frage komme wegen des stark verschiedenen Charakters der Verfahren und wegen der fehlenden Bindung des anderen Gerichts an den Verweisungsbeschluss¹⁰⁾.

b) *Verweisung im arbeitsgerichtlichen Verfahren*¹¹⁾

aa) Im Verhältnis zwischen Arbeitsgerichten und ordentlichen Gerichten

ArbGG § 48 I stellt das Verhältnis eindeutig klar, indem es die Verweisung zulässt und ZPO § 276 für anwendbar erklärt. Nach

⁸⁾ S. 62.

⁹⁾ § 276 IV.

¹⁰⁾ Siehe auch Jonas IV B 1 vor § 1.

¹¹⁾ Dazu Jonas § 276 X.

ArbGG § 55 II darf der Vorsitzende allein die Verweisung nur aussprechen, wenn die Parteien zustimmen¹²⁾).

bb) Im Verhältnis der Arbeitsgerichte untereinander

Das bis jetzt über die Verweisung Gesagte gilt sinngemäss. In Frage kommt allerdings zwischen den Arbeitsgerichten nur eine Verweisung wegen örtlicher Unzuständigkeit, da die Einteilung in verschiedene Kammern¹³⁾ eine Frage der inneren Geschäftsverteilung ist. Bei Kammern mit erweitertem Bezirk¹⁴⁾ kann allerdings über die Verneinung der Kompetenz in Bezug auf die Geschäftsverteilung eine Verweisung an das andere Gericht wegen örtlicher Unzuständigkeit erfolgen.

¹²⁾ Vgl. LArbG Berlin ArbRspr. 31 309.

¹³⁾ ArbGG § 17.

¹⁴⁾ ArbGG § 17 IV.

8. Die Verweisung in den verschiedenen Verfahren

a) *Allgemeines*

Wenn man auf die systematische Stellung der Verweisungsnormen im Gesetz abstellen würde, so wäre ihre Anwendbarkeit auf die Verfahren beschränkt, die ein Urteil zum Ziel haben, vor allem also auf das gewöhnliche Urteilsverfahren¹⁾.

Da aber die Verweisung sich zu einem allgemeinen Grundsatz des Prozessrechtes entwickelt hat²⁾, hat sich ihre Anwendbarkeit auf alle Verfahrensarten ausgedehnt. Allerdings müssen dabei da und dort Abweichungen von den allgemeinen Verweisungsregeln auftreten, entweder damit die Verweisung für das bestimmte Verfahren überhaupt anwendbar ist oder weil andere Normen, denen die Priorität zukommt, in gewissen Beziehungen von denen der Verweisung abweichen. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Verweisung in allen Verfahren, in denen das Gesetz über die Verweisung schweigt, sinngemässe Anwendung findet³⁾.

b) *Das amtsgerichtliche Urteilsverfahren*⁴⁾

Gewisse Besonderheiten im Verfahren vor Amtsgericht berühren die Frage der Zuständigkeit und damit das Problem der Verweisung und müssen deshalb hier behandelt werden.

Einmal herrscht vor dem Amtsgericht kein Anwaltszwang⁵⁾. Da der Laie eher Gefahr läuft, die Klage beim unzuständigen Gericht anzuheben als der Anwalt, liegt darin die Gefahr, dass Streitigkeiten über die Zuständigkeit beim Amtsgericht häufiger sind als beim Anwaltsprozess. ZPO § 504 bestimmt zwar, dass prozesshindernde Einreden nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht werden müssen. Von dieser Regelung ist aber die Einrede der Unzuständigkeit ausgenommen. Würde diese Ausnahme nicht gemacht, so müsste ZPO § 39⁶⁾ ausdrücklich als unanwendbar erklärt werden. Der Beklagte ist von Amts wegen darauf aufmerksam zu machen, wenn das Amtsgericht sachlich unzuständig ist⁷⁾. Dadurch wird die Möglichkeit, dass eine Partei zur Hauptsache verhandelt, ohne die sachliche Unzuständigkeit zu rügen, und damit durch stillschweigende Prorogation das Gericht zuständig werden lässt, stark beeinträchtigt. Der Gesetzgeber will damit die rechts-

1) Jonas § 276 I 2.

2) Jonas aaO.

3) Rosenberg S. 144; Nikisch S. 105; Schönke S. 142; Jonas § 276 I 2; Baumbach § 276 I A.

4) Rosenberg S. 497 ff; Nikisch S. 86 f; Jonas §§ 495 ff; Baumbach §§ 495 ff; ZPO §§ 495 ff.

5) arg. ZPO § 78.

6) Stillschweigende Prorogation.

7) ZPO § 504 II.

unkundige Partei selbst auf die Gefahr einer unwirtschaftlichen Verlängerung des Rechtsstreites hin in Schutz nehmen und ihr die Möglichkeiten zuerkennen, wie sie der rechtskundige Parteivertreter hat. Unterlässt es das Gericht, in Gemässheit von ZPO § 504 II auf die sachliche Unzuständigkeit aufmerksam zu machen und verhandelt der Beklagte zur Hauptsache, so kommt ZPO § 39 zum Zuge⁸⁾). Dieser Auffassung ist beizupflichten. Entspringt sie doch der Tendenz, die Zeit, Kosten und Arbeit verursachenden Zuständigkeitsstreitigkeiten zu vermeiden. Die Verweisung kommt nicht nur dann in Frage, wenn die Unzuständigkeit bereits bei Beginn des Prozesses besteht, sondern auch dann, wenn durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klageantrages⁹⁾ ein Anspruch erhoben wird, der die Zuständigkeit des Amtsgerichtes übersteigt und zu derjenigen des Landgerichtes gehört, oder wenn gemäss ZPO § 280 beantragt wird, dass ein Rechtsverhältnis, das im Laufe des Prozesses streitig geworden ist und dessen Bestehen oder Nicht-Bestehen die Entscheidung des Prozesses ganz oder teilweise bestimmt, festgestellt werden soll und hierfür das Landgericht zuständig ist. Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes ist von der des Landgerichtes in der Regel nach dem Streitwert abgegrenzt. Entscheidend für den Streitwert ist der Zeitpunkt der Klageerhebung, in der Berufungs- und Revisionsinstanz der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels¹⁰⁾). Ob der Wert des unveränderten Streitgegenstandes während der Dauer des Prozesses abnimmt oder zunimmt, ist gleichgültig¹¹⁾). Veränderungen der Streitwertberechnungen berühren die Zuständigkeit nicht¹²⁾). Ändert sich jedoch der Streitgegenstand selbst etwa durch Klageerweiterung, so ist eine neue Prüfung auf den Zeitpunkt dieser Veränderung geboten¹³⁾). ZPO § 506 I bestimmt für diesen Fall, dass vor dem Amtsgericht jede Partei Verweisung an das zuständige Landgericht verlangen kann. Ebenso kann die Verweisung beantragt werden, wenn eine Widerklage über mehr als 1000 DM erhoben wird¹⁴⁾). Das gleiche gilt, wenn die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt wird¹⁵⁾), für die das Landgericht zuständig ist. Das Amtsgericht ist wegen Sachzusammenhanges auch zuständig für die sogenannten Neben- oder Anhangsprozesse, und zwar ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes, jedoch nicht ausschliesslich. Sobald aber durch Klage-

⁸⁾ Rosenberg S. 497.

⁹⁾ ZPO § 506.

¹⁰⁾ ZPO § 4 I.

¹¹⁾ RG 98 86.

¹²⁾ ZPO § 4.

¹³⁾ Siehe Baumbach § 263.

¹⁴⁾ ZPO § 506.

¹⁵⁾ Zwischenfeststellungsklage, ZPO § 280.

änderung¹⁶⁾), vor allem durch die nachträgliche Klagehäufung, die Zwischenfeststellungsklage¹⁷⁾ oder die Widerklage¹⁸⁾ einschliesslich der Ansprüche aus ZPO §§ 302 IV, 600 II, 717 II, III, 1042 c II 2 die Zuständigkeitsgrenze von 1000 DM überschritten wird, ist das Amtsgericht nur hinsichtlich der Ansprüche aus §§ 302 IV, 600 II, 717 II, III, 1042 c II schlechtweg zuständig, in Bezug auf die übrigen nur für ihre Erhebung, nicht aber zur Entscheidung über sie, es sei denn, dass keine Verweisung an das zuständige Landgericht beantragt ist¹⁹⁾).

Demgegenüber bleibt das Landgericht zuständig, wenn durch Beschränkung des Klageantrages²⁰⁾, Teilleistung des Beklagten oder durch teilweise Klagerücknahme²¹⁾ der Streitwert unter 1000 DM sinkt²²⁾. Es findet also vor dem Landgericht keine Verweisung an das Amtsgericht statt, da ja die Parteien keinen Grund haben, das untere Gericht dem höheren vorzuziehen. Da die Zuständigkeit grundsätzlich erst im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung vorhanden sein muss²³⁾, so genügt es, wenn das ursprünglich unzuständige Gericht bis zu diesem Zeitpunkt zuständig geworden ist, also vor dem Amtsgericht durch Beschränkung des Klageantrages oder durch teilweise Klagerücknahme die Zuständigkeitsgrenze von 1000 DM in der Schlussverhandlung vorhanden ist, oder wenn der Beklagte in der Zwischenzeit seinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Bezirk des mit der Sache befassten Gerichtes genommen hat²⁴⁾. Eine Verweisung an das Landgericht kommt dann nicht mehr in Betracht²⁵⁾. Ebenso wird das Landgericht zuständig, wenn durch nachträgliche Häufung der Ansprüche oder durch Klageerweiterung seine Zuständigkeitsgrenze in der Schlussverhandlung erreicht ist.

c) Das Güteverfahren²⁶⁾

Der Amtsgerichtsprozess beginnt regelmässig mit einem obligatorischen Güteverfahren. Die örtliche Unzuständigkeit wird dabei nicht

¹⁶⁾ ZPO § 264.

¹⁷⁾ ZPO § 280.

¹⁸⁾ ZPO § 33.

¹⁹⁾ Rosenberg S. 122.

²⁰⁾ ZPO § 268, Ziff. 2, 3.

²¹⁾ ZPO § 271.

²²⁾ RGGS 168 359.

²³⁾ RG 42 136; LZ 1926 387⁶ = JW 1926 375⁷ = Warn 1926 15.

²⁴⁾ RG 52 136.

²⁵⁾ Rosenberg S. 143.

²⁶⁾ Das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. November 1950 hat das Güteverfahren für das Gebiet der Bundesrepublik beseitigt. In der Deutschen Demokratischen Republik ist das Güteverfahren hingegen noch in Geltung (Jonas § 495, Vorbemerkung). Rosenberg S. 497, 248; Schönke S. 326 ff; Nikisch S. 311 ff; Jonas §§ 349 VI 2, 523 I, 495; Baumbach §§ 349 2 B; 523, 495 a; ZPO §§ 349 I, 523, 495 a.

von Amts wegen beachtet; der Antragsgegner muss sie rügen, bevor er sich auf die sachliche Verhandlung einlässt. Hält das Amtsgericht die Rüge für begründet, muss es sich durch Beschluss für unzuständig erklären, auf Antrag des Antragstellers aber die Sache an das zuständige Amtsgericht verweisen. Der Beschluss ist für dieses Amtsgericht bindend und für die Parteien unanfechtbar, und zwar auch für das nachfolgende Streitverfahren²⁷⁾. Auch der Mangel der sachlichen Zuständigkeit wird, da das Gesetz darüber nichts bestimmt, nicht von Amts wegen beachtet. Denn ein Vergleich kann auch vor einem unzuständigen Gericht mit voller Wirksamkeit geschlossen werden. Die ausschliessliche Zuständigkeit eines anderen Gerichtes vermag daran nichts zu ändern. Wird der Mangel der sachlichen Zuständigkeit durch den Antraggegner formgerecht gerügt und hält das Gericht die Rüge für begründet, so hat es den Güteantrag durch unanfechtbaren Beschluss abzulehnen. Eine Verweisung nach ZPO § 276 ist nicht möglich, da weder das Verfahren vor Landgericht noch vor Arbeitsgericht vor Streitanhängigkeit ein Güteverfahren kennt. Um der Abweisung zu entgehen, kann der Antragsteller den Eintritt in das Streitverfahren²⁸⁾ verlangen. Hält das Gericht aber die alsbaldige Klageerhebung, insbesondere bei Aussichtslosigkeit einer Einigung, für gerechtfertigt²⁹⁾, so kann es das Güteverfahren für entbehrlich halten und dann gemäss EntlVO § 7, sofern beide Parteien einverstanden sind, ohne mündliche Verhandlung den Streit an das zuständige Gericht verweisen.

d) *Das Verfahren vor dem Einzelrichter*³⁰⁾

Der Einzelrichter hat die Aufgabe, die Entscheidung des Kollegialgerichtes vorzubereiten³¹⁾. Er hat zunächst eine gütliche Beilegung zu versuchen³²⁾ und wenn dies nicht gelingt, den Streit soweit zu fördern, dass ihn das Prozessgericht, wenn möglich, in einer einzigen Verhandlung erledigen kann³³⁾. Es ist deshalb naheliegend, dass der Gesetzgeber dem Einzelrichter zur Pflicht machte, in den Fällen von GVG §§ 97 und 98 von der Kammer für Handelssachen an die Zivilkammer oder von dieser an jene zu verweisen³⁴⁾ und

²⁷⁾ Baumbach § 499 b, Anm. 1 B.

²⁸⁾ ZPO § 499 e I.

²⁹⁾ ZPO § 495 a I, Ziff. 6.

³⁰⁾ Rosenberg S. 77, 491 ff; Schönke S. 208 f; Nikisch S. 289 ff; Jonas § 349; Baumbach § 349; GVG §§ 75, 105 I, 122 I; ZPO §§ 348 ff; 523, 523 a.

³¹⁾ ZPO § 348.

³²⁾ ZPO § 349 I.

³³⁾ ZPO § 349 II.

³⁴⁾ ZPO § 349 I, Ziff. 1.

über prozesshindernde Einreden³⁵⁾ zu entscheiden³⁶⁾). Das bedeutet, dass der Einzelrichter, sofern die Voraussetzungen zutreffen, gemäss ZPO § 276 den Prozess zu verweisen hat. Er handelt anstelle des Kollegiums.

e) *Das Armenrechtsverfahren*³⁷⁾

Das Armenrechtsverfahren wird zwar im Urteilsverfahren nur für eine Instanz gestattet³⁸⁾, erstreckt sich aber auf das gesamte Verfahren der Instanz und muss somit sowohl die Verweisung als auch die Zurückverweisung erfassen³⁹⁾. Auch einem im Armenrechtsverfahren erlassenen Verweisungsbeschluss ist die bindende Wirkung des ZPO 276, Abs. 3⁴⁰⁾ zuzuerkennen, und zwar mit der Massgabe, dass auch für die noch gar nicht anhängige Hauptsache der Gerichtsstand festgelegt wird⁴¹⁾.

f) *Das Versäumnisverfahren*⁴²⁾

Bei Säumnis des Klägers wird die Klage als unbegründet⁴³⁾ oder wegen fehlender Prozessvoraussetzungen als unzulässig abgewiesen, z. B. dann, wenn ein Mangel der Zuständigkeit vorliegt⁴⁴⁾. Es ist aber dem Beklagten nicht verwehrt, einen Antrag auf Verweisung des Rechtsstreites nach ZPO § 506 zu stellen, z. B. wenn durch seine Widerklage ein Anspruch geltend gemacht wird, der zur Zuständigkeit des Landgerichtes gehört. Der Beklagte wird die Verweisung also dann beantragen, wenn er damit rechnen muss, dass die Klage sonst durch Versäumnisurteil wegen Mangel der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit als unzulässig abgewiesen würde, der Kläger aber am zuständigen Gericht erneut klagen würde, während er, der Beklagte, auf eine rasche Abwicklung des Prozesses Wert legt. Es erweist sich hier, dass die Verweisung nicht nur dem Kläger, sondern auch dem Beklagten von Nutzen sein kann.

³⁵⁾ Ausgenommen sind die Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges und der Schiedsgerichtsklausel.

³⁶⁾ ZPO § 349 I, Ziff. 2.

³⁷⁾ Rosenberg S. 347 ff; Schönke S. 466 ff; Nikisch S. 537 ff; Jonas §§ 114 ff; Baumbach §§ 114 ff; ZPO §§ 114 ff.

³⁸⁾ ZPO § 119 I.

³⁹⁾ OLG Celle, NJW 1947/8 67⁶; anders OLG Jena, JW 1938 2159¹⁴; OLG Naumburg, HRR 1937 1258; KG JW 1935 3485⁵⁸.

⁴⁰⁾ Rosenberg S. 23.

⁴¹⁾ OLG Hamm, Zentral-Justizblatt 48 S. 93 und 49 S. 113.

⁴²⁾ Rosenberg S. 472 ff; Nikisch S. 295 ff; Schönke S. 312 ff; Jonas §§ 330 ff; Baumbach §§ 330 ff; ZPO §§ 330 ff.

⁴³⁾ ZPO § 330.

⁴⁴⁾ Rosenberg S. 478.

Ist der Beklagte säumig, so ergeht entweder, wenn der Kläger darauf anträgt, ein Versäumnisurteil⁴⁵⁾ nach dem Klageantrag⁴⁶⁾ oder aber die Klage wird durch ein gewöhnliches Urteil als unzulässig bei Mangel der Prozessvoraussetzungen, oder unbegründet⁴⁷⁾ abgewiesen. Der Kläger kann aber auch hier die Verweisung beantragen, und zwar sowohl nach ZPO § 276 wie nach ZPO § 506⁴⁸⁾.

Erkennt der Kläger einen Mangel in der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit, der ein Versäumnisurteil ausschliesst und zu einer Abweisung seiner Klage als unzulässig führen müsste, so erspart ihm die Verweisung, die er beantragen kann, die Anhebung eines neuen Prozesses. Gegen ein Versäumnisurteil ist in der Regel der Einspruch⁴⁹⁾ gegeben⁵⁰⁾. Durch den Einspruch wird der Prozess «in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand⁵¹⁾», und es findet eine neue Verhandlung des Rechtsstreites statt. Wenn nun in dieser ein Verweisungsantrag gestellt wird, so kann das Gericht diesem erst Folge geben, wenn es den Einspruch für zulässig befunden hat. Die Entscheidung darüber wird durch Zwischenurteil erlassen oder aber stillschweigend unmittelbar durch die Verweisung zum Ausdruck gebracht. Das Gericht, an welches der Prozess verwiesen wurde, ist in jedem Falle an die Entscheidung des Gerichts, mit der der Einspruch als zulässig erachtet wird, gebunden⁵²⁾, wie Rosenberg⁵³⁾ mit Recht annimmt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes⁵⁴⁾ trifft das soeben angeführte nur für das Verfahren vor Amtsgericht zu. Es muss aber auch für das Landgericht gelten⁵⁵⁾. Mit dem ZPO § 276 hätte auch diese Bestimmung geändert werden sollen, was offenbar übersehen wurde.

g) *Das Verfahren bei der Entscheidung nach Lage der Akten*⁵⁶⁾

Eine Entscheidung nach Lage der Akten, die als Mittel zur Bekämpfung der prozessverschleppenden Versäumnis der Parteien gedacht ist, aber in der Praxis selten vorkommt, kann erfolgen, wenn beide Parteien säumig sind⁵⁷⁾, oder eine Partei säumig ist, die an-

⁴⁵⁾ Ausnahmen: Zurückweisung des Antrages nach ZPO § 335.

⁴⁶⁾ ZPO § 331 II.

⁴⁷⁾ Wenn die Klageforderung sachlich nicht begründet ist.

⁴⁸⁾ Rosenberg S. 478 f.

⁴⁹⁾ ZPO §§ 338 ff.

⁵⁰⁾ Ausnahmen: ZPO §§ 238 II, 345.

⁵¹⁾ ZPO § 342.

⁵²⁾ ZPO §§ 508 III, 700 Sätze 3 und 4.

⁵³⁾ S. 482.

⁵⁴⁾ ZPO §§ 508 III, 700 Satz 3.

⁵⁵⁾ Rosenberg S. 482.

⁵⁶⁾ Rosenberg S. 482 ff; Nikisch S. 304 ff; Schönke S. 318 ff; Jonas §§ 251, 331 a; Baumbach § 251 a 3 A; ZPO §§ 251 a, 331 a.

⁵⁷⁾ ZPO § 251 a.

dere aber keine Anträge stellt oder schliesslich, wenn eine Partei säumig ist und die erschienene einen Antrag auf Entscheid nach Lage der Akten stellt⁵⁸⁾). Die Entscheidung nach Lage der Akten ist eine Entscheidung, auch wenn sie ohne mündliche Verhandlung, die durch Versäumnis beider Parteien unmöglich geworden ist, ergeht⁵⁹⁾). Sowohl Urteile als auch Beschlüsse können durch Entscheidung nach Lage der Akten ergehen, so auch der Verweisungsbeschluss. Bei Säumnis beider Parteien ist die Verweisung allerdings nur möglich, wenn ein entsprechender Antrag bei den Akten liegt, da ja das Gericht nicht von sich aus verweisen darf und die nicht erschienenen Parteien keinen Antrag stellen können. Die Gründe, die zu einem Verweisungsantrag führen können, sind die gleichen, wie die oben für das Versäumnisverfahren angeführten.

h) *Das Mahnverfahren*⁶⁰⁾

Das Mahnverfahren bezweckt für Ansprüche, die voraussichtlich vom Schuldner nicht bestritten werden, dem Gläubiger auf schnellsten und billigsten Wegen zu einem Titel, dem Vollstreckungsbefehl, der den vorhergehenden Zahlungsbefehl vollstreckbar macht, zu verhelfen. Erst auf Widerspruch des Schuldners geht das Verfahren in den ordentlichen Prozess über. Zuständig ist das Amtsgericht, das zuständig wäre, wenn die Klage im ordentlichen Verfahren erhoben würde. Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts ist gegeben ohne Rücksicht auf die Höhe der Streitsumme⁶¹⁾.

Solange der Schuldner weder Widerspruch gegen den Anspruch oder einen Teil desselben noch gegen den Vollstreckungsbefehl Einspruch erhebt, nimmt das Verfahren einen Weg, bei dem die Verweisung überhaupt nicht denkbar ist. Erhebt der Schuldner aber gegen den Vollstreckungsbefehl Einspruch, so ist das Mahnverfahren beendet, und der Streit nimmt seinen Fortgang im ordentlichen Verfahren vor dem Amtsgericht. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner bereits vorher auf Grund des Zahlungsbefehls Widerspruch erhoben hatte.

Damit ist auch für die Verweisung Raum gegeben, nämlich, wenn das Amtsgericht von vornherein oder infolge der Voraussetzungen von ZPO § 506 jetzt nicht zuständig ist, wenn es den Einspruch für zulässig erachtet, und wenn eine Partei vor der Verhandlung zur Hauptsache den Verweisungsantrag⁶²⁾ stellt. Der Beschluss,

⁵⁸⁾ ZPO § 331 a.

⁵⁹⁾ Rosenberg S. 483.

⁶⁰⁾ Rosenberg S. 729 ff; Nikisch S. 549; Schönke S. 414 ff; Jonas §§ 688 ff; Baumbach §§ 688 ff; ZPO §§ 688 ff.

⁶¹⁾ ZPO § 689 II.

⁶²⁾ Mündlich.

durch den sich das Amtsgericht für unzuständig erklärt und an das Landgericht verweist, ist unanfechtbar⁶³⁾ und bindet das Landgericht ebenso wie die Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruches, die nur nach ZPO § 512 anfechtbar ist⁶⁴⁾. Voraussetzung ist also ferner stets eine mündliche Verhandlung vor dem Amtsgericht und eine Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruches. Die Kosten des Mahnverfahrens und die Kosten, die im Falle einer Verweisung vor dem Amtsgericht entstanden sind, bilden einen Teil der Kosten des Rechtsstreits⁶⁵⁾.

Der Schuldner muss also die Mehrkosten, die vor Amtsgericht entstanden sind, dann tragen, wenn er unterliegt, während im Urteilsverfahren gemäss ZPO § 276 III 1 der Beklagte für diese Kosten nicht aufzukommen hat, auch wenn er im Prozesse unterliegt. Erhebt der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl rechtzeitig Widerspruch und nimmt er ihn nicht zurück, so ist das Mahnverfahren schon damit abgeschlossen. Auf Antrag einer Partei⁶⁶⁾ wird alsbald der Termin zur Streitverhandlung anberaumt. Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls wird damit der Anspruch rechtshängig. Gehört der Anspruch zwar zur Zuständigkeit der Amtsgerichte, ist das Amtsgericht aber nicht örtlich zuständig, so kann die Verweisung gemäss ZPO § 276 an das örtlich zuständige Gericht erfolgen, aber nur im Streitverfahren.

Auch wenn der Anspruch zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, findet die Streitverhandlung vor dem Amtsgericht statt. Jede Partei⁶⁷⁾ kann aber die Verweisung an das Landgericht beantragen. Das Amtsgericht hat sich dann durch Beschluss für unzuständig zu erklären und den Anspruch durch unanfechtbaren und bindenden Beschluss an das Landgericht zu verweisen⁶⁸⁾.

Der Verweisungsantrag kann gestellt werden in der mündlichen Verhandlung vor der Verhandlung zur Hauptsache mit der Wirkung, dass der Streit mit der Verkündung des Verweisungsbeschlusses beim Landgericht anhängig ist⁶⁹⁾, oder aber schon vorher schriftlich⁷⁰⁾, vor allem im Mahngesuch, oder verbunden mit dem Widerspruch, oder formlos nach ZPO § 702⁷¹⁾. Wird der Antrag vorher schriftlich eingereicht, so kann die Entscheidung über den Antrag erfolgen,

⁶³⁾ ZPO § 276 I, II.

⁶⁴⁾ ZPO §§ 697, I, 700.

⁶⁵⁾ ZPO §§ 698, 700 mit 697, 276 III Satz 1.

⁶⁶⁾ Der Antrag kann vom Gläubiger schon im Mahngesuch, vom Schuldner beim Widerspruch gestellt werden.

⁶⁷⁾ Nicht nur der Kläger, wie nach ZPO § 276.

⁶⁸⁾ ZPO § 697 I.

⁶⁹⁾ ZPO § 276 II.

⁷⁰⁾ Dies im Gegensatz zur Verweisung nach ZPO § 276.

⁷¹⁾ ZPO § 697 II.

ohne dass dazu mündlich verhandelt wird⁷²⁾). Wenn die Verweisung beschlossen wird, so gilt der Rechtsstreit mangels mündlicher Verhandlung erst mit seiner Zustellung⁷³⁾ und nicht wie bei der Verweisung nach mündlicher Verhandlung mit der Verkündung⁷⁴⁾ beim Landgericht anhängig⁷⁵⁾. Das Landgericht wird nur in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit gebunden, nicht aber hinsichtlich der örtlichen⁷⁶⁾ und kann insoweit weiter verweisen.

i) *Offenbarungseid und Haft*⁷⁷⁾

Der als Hilfsmittel der Geldvollstreckung auf Antrag des Gläubigers vom Schuldner geforderte Offenbarungseid bedeutet die Bekräftigung des vom Schuldner vorgelegten Vermögensverzeichnisses.

ZPO § 899 setzt als zuständiges Gericht für dieses Verfahren das Amtsgericht ein, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz oder, in Ermangelung eines solchen, seinen Aufenthalt hat. Ist das angegangene Gericht nicht zuständig, so wird der Antrag des Gläubigers abgewiesen, oder aber, sofern der Gläubiger darauf anträgt, in Analogie zur ZPO § 276 an das zuständige Gericht verwiesen. Die Unzuständigkeit kann durch den Schuldner nur geltend gemacht werden, wenn er Widerspruch erhebt gegen die Verpflichtung zur Eidesleistung, also im Widerspruchsverfahren⁷⁸⁾.

k) *Der Arrestprozess*⁷⁹⁾

Für den Arrestprozess sind die örtlichen Zuständigkeiten als ausschliessliche geordnet⁸⁰⁾. Für die Anordnung des Arrestes ist sowohl das Gericht der Hauptsache zuständig als auch das Amtsgericht, wenn die Gegenstände, die mit Arrest belegt sind, oder die Person, deren persönliche Freiheit beschränkt werden soll, sich in seinem Bezirk befinden⁸¹⁾. Als Gericht der Hauptsache ist das Gericht erster Instanz anzusehen, oder der Berufungsinstanz, solange der Rechtsstreit in ihr anhängig ist⁸²⁾, und zwar bis zur Einlegung der Re-

⁷²⁾ ZPO § 697 II Satz 1.

⁷³⁾ ZPO § 697 II Satz 2.

⁷⁴⁾ ZPO § 276 II Satz 1.

⁷⁵⁾ ZPO § 697 II Satz 2.

⁷⁶⁾ HRR 1936 917 = JW 1936 1777¹⁴ = SeuffArch 90 154; OLG Gera, RgBlThür 1947 II 43.

⁷⁷⁾ Rosenberg S. 949; Jonas §§ 807, 899 ff; Baumbach §§ 807, 899 ff; ZPO §§ 807, 883, 899.

⁷⁸⁾ Rosenberg S. 951.

⁷⁹⁾ Rosenberg S. 992 ff; Jonas §§ 916 ff; Baumbach §§ 916 ff; ZPO §§ 916 ff.

⁸⁰⁾ ZPO § 802.

⁸¹⁾ ZPO § 919.

⁸²⁾ ZPO § 943.

vision⁸³⁾ oder bis zum Ablauf der Revisionsfrist⁸⁴⁾. Zuständig ist aber auch der Einzelrichter, der mit dem Streit über den Anspruch, der gesichert sein soll, befasst ist⁸⁵⁾. Diese Zuständigkeit ergibt sich daraus, dass der Einzelrichter an Stelle des Kollegiums der Zivilkammern alle Entscheidungen, sofern sie die Sache nicht endgültig erledigen, treffen darf und muss, die notwendig sind, um die ihm gestellten Aufgaben zu lösen, nämlich die Schlussverhandlung vor der Kammer so weit als möglich vorzubereiten⁸⁶⁾. Eine Beschränkung der Zuständigkeitsstreitigkeiten ergibt sich daraus, dass das Gericht, vor welchem die Hauptsache tatsächlich anhängig ist oder während des Arrestverfahrens anhängig wird, auch für den Arrest zuständig ist, und zwar selbst dann, wenn es für die Hauptsache nicht zuständig ist. Es verliert seine Zuständigkeit für den Arrest selbst dann nicht, wenn es sich nach Stellung des Arrestantrages als unzuständig zur Hauptsache erklärt hat⁸⁷⁾.

Nicht einheitlich ist die Meinung für den Fall, dass die Hauptsache wegen des Grundes des Anspruches in zweiter, wegen der Höhe in erster Instanz⁸⁸⁾ schwebt. Nach Rosenberg⁸⁹⁾ ist sowohl die erste wie die zweite Instanz zur Arrestverhängung zuständig. Nach der herrschenden Meinung⁹⁰⁾ ist es nur das Gericht erster Instanz, nach einer dritten Auffassung nur das Berufungsgericht⁹¹⁾.

Wenn ein Gericht angegangen wird, dem die Zuständigkeit mangelt, so kann Verweisung nach ZPO § 276 beantragt werden. Die Verweisung kann auch ohne mündliche Verhandlung erfolgen, nämlich in den folgenden Fällen: 1. Wenn beide Parteien einverstanden sind, dass das Gericht seine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung treffe⁹²⁾; 2. wenn bei Nichterscheinen beider Parteien im Termin das Gericht nach Lage der Akten entscheidet⁹³⁾.

1) *Das Verfahren der Wiederaufnahmeklage*⁹⁴⁾

Die Wiederaufnahme bezweckt die neue Verhandlung eines bereits durch eine rechtskräftige Entscheidung abgeschlossenen Ver-

⁸³⁾ RG 68 254; OLG Köln, JW 1938 696³⁹.

⁸⁴⁾ RG 70 431.

⁸⁵⁾ Rosenberg S. 992.

⁸⁶⁾ ZPO § 349 II Satz 1.

⁸⁷⁾ ZPO § 263 II Ziff. 2; anderes RG 50 346; siehe auch RG 40 379; Rosenberg S. 992.

⁸⁸⁾ ZPO § 304.

⁸⁹⁾ S. 992.

⁹⁰⁾ JW 1899 674¹¹.

⁹¹⁾ KG JW 1926 68¹; OLG Naumburg, JW 1932 3195¹⁹.

⁹²⁾ Bekanntmachung der Entlastung der Gerichte vom 9. September 1915. Neugefasst durch die Bekanntmachung vom 13. Mai 1924, § 7.

⁹³⁾ ZPO § 251 a; KG JW 1929 1669³; anderes OLG München in Rspr. OLG 40 380.

⁹⁴⁾ Rosenberg S. 708 ff; Nikisch S. 506 ff; Schönte S. 371 ff; Jonas §§ 578 ff; Baumbach §§ 578 ff; ZPO §§ 578 ff.

fahrens auf Grund schwerer Prozessverstösse oder Unrichtigkeiten, besonders Fälschungen der Urteilsgrundlagen⁹⁵⁾). Für die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage ist ausschliesslich das Gericht zuständig, das die angefochtene rechtskräftige Entscheidung erlassen hat⁹⁶⁾). Die Zulässigkeit der Klage, also auch die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes muss von Amts wegen geprüft werden. Zeigt sich ein Mangel, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen⁹⁷⁾). Da das Verfahren sich nach den allgemeinen Vorschriften richtet⁹⁸⁾), kann die Klage im Falle der Unzuständigkeit nach ZPO § 276 an das zuständige Gericht verwiesen werden.

In diesem Verfahren erlangt die Verweisung eine ganz besondere Bedeutung, da die Klage vor Ablauf einer Notfrist von einem Monat seit Kenntnis des Anfechtungsgrundes, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils erhoben werden muss⁹⁹⁾). Würde nun die Klage bei einem unzuständigen Gericht erhoben werden und könnte nicht an das zuständige Gericht verwiesen, sondern müsste als unzulässig abgewiesen werden, wäre der Fall denkbar, dass die Frist zur Erhebung einer neuen Klage bei dem zuständigen Gericht nicht mehr ausreichen würde. Die Verweisung dient also hier nicht nur der Prozessökonomie, sondern geradezu der Verwirklichung materiellen Rechts überhaupt.

m) *Das Aufgebotsverfahren*¹⁰⁰⁾

Das Aufgebot bezweckt den Ausschluss unbekannter Berechtigter oder die Kraftloserklärung verlorener Urkunden und ist in ZPO §§ 946 ff. geregelt. Zuständig ist immer ein Amtsgericht, das für jeden Aufgebotsfall durch das Gesetz bestimmt wird¹⁰¹⁾).

Das Aufgebotsverfahren gehört seinem Zweck und seinem Wesen nach eher zur freiwilligen als zur streitigen Gerichtsbarkeit. Es ist jedoch in der ZPO geregelt, und diese Tatsache hat zur Folge, dass die Bestimmungen der streitigen Gerichtsbarkeit zur Anwendung kommen¹⁰²⁾). Somit finden auch die Vorschriften über die Zuständigkeit und die Folgen der Unzuständigkeit Anwendung¹⁰³⁾).

⁹⁵⁾ Rosenberg S. 708.

⁹⁶⁾ ZPO § 584.

⁹⁷⁾ ZPO § 589 I.

⁹⁸⁾ ZPO § 581.

⁹⁹⁾ ZPO § 586 I, II.

¹⁰⁰⁾ Rosenberg S. 765 ff; Nikisch S. 582 ff; Schönte S. 421 ff; Jonas §§ 946 ff; Baumbach §§ 946 ff; ZPO §§ 946 ff.

¹⁰¹⁾ ZPO §§ 946 II, 978, 983, 990, 1002 II, 1005, 1006.

¹⁰²⁾ Rosenberg S. 766; Nikisch S. 583; RG 121 21.

¹⁰³⁾ RG 121 21.

Bei Unzuständigkeit ist deshalb, sofern die Voraussetzungen von ZPO § 276 zutreffen, auf Antrag an das zuständige Amtsgericht zu verweisen.

n) *Das Verfahren des Schiedsgerichtes*¹⁰⁴⁾

Schiedsgerichte sind Privatgerichte, denen die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten anstelle der staatlichen Gerichte durch Privatwillenserklärung übertragen ist¹⁰⁵⁾. Der Schiedsspruch ist erst dann endgültig, wenn das Original unter Angabe des Tages der Abfassung und unterschrieben von den Schiedsrichtern, ergänzt durch die Urkunden der Zustellung der von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung an die Parteien, auf der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts deponiert ist¹⁰⁶⁾. Zuständig ist das Amts- oder Landgericht, das im Schiedsvertrag als solches bezeichnet wird. Enthält der Schiedsvertrag keine dementsprechende Klausel und besteht keine andere, auch formlose¹⁰⁷⁾ Vereinbarung, so ist das Amts- oder Landgericht zuständig, das zuständig wäre, wenn der Anspruch vor ein Gericht gebracht würde¹⁰⁸⁾. In Arbeitsstreitigkeiten ist stets und ohne Ausnahme das Arbeitsgericht zuständig¹⁰⁹⁾. Wären¹¹⁰⁾ mehrere Gerichte örtlich zuständig, so ist und bleibt das Gericht zuständig, welches von einer Partei zuerst angegangen wurde¹¹¹⁾. Möglich bleibt stets die Prorogation an ein anderes Gericht¹¹²⁾, sofern es sich nicht um eine Entscheidung nach ZPO § 1045 handelt, die keinem anderen Gericht übertragen werden kann¹¹³⁾.

Da ein wirksamer Schiedsspruch erst dann vorliegt, wenn alle Voraussetzungen des ZPO § 1039 erfüllt sind¹¹⁴⁾, ist das Schiedsverfahren nicht beendet¹¹⁵⁾, und es kann die gerichtliche Vollstreckungserklärung nicht eingeholt werden, wenn der Schiedsspruch bei einem unzuständigen Gericht hinterlegt wurde. In diesem Falle empfiehlt es sich, ZPO § 276 analog anzuwenden¹¹⁶⁾. OLG 40 440 lehnt die Weitergabe vom unzuständigen an das zuständige Gericht

¹⁰⁴⁾ Rosenberg S. 769 ff; Nikisch S. 587 ff; Schönke S. 425 ff; Jonas §§ 1025 ff; Baumbach §§ 1025 ff; ZPO §§ 1025 ff.

¹⁰⁵⁾ Rosenberg S. 769.

¹⁰⁶⁾ ZPO § 1039.

¹⁰⁷⁾ Rosenberg S. 801.

¹⁰⁸⁾ ZPO § 1045.

¹⁰⁹⁾ Warn 1927 84 = LZ 1927 14757.

¹¹⁰⁾ Im Falle der gerichtlichen Geltendmachung.

¹¹¹⁾ ZPO § 1047.

¹¹²⁾ ZPO §§ 38, 39.

¹¹³⁾ RG 152 378; Rosenberg S. 802.

¹¹⁴⁾ JW 1921 344¹⁸, 1929 854¹² = HRR 1929 857 = ScuffArch 83 98.

¹¹⁵⁾ Rg 77 305.

¹¹⁶⁾ A. Baumbach: Das privatrechtliche Schiedsverfahren. Zit. bei Rosenberg S. 769.

ab. Aber sowohl Baumbach ¹¹⁷⁾, wie Jonas ¹¹⁸⁾ wenden sich mit Recht dagegen und lassen das Verfahren nach ZPO § 276 auch hier zur Anwendung gelangen.

Zur Realisierung von schiedsgerichtlichen Entscheidungen ist die Zwangsvollstreckung notwendig. Der hierzu erforderliche Vollstreckungstitel wird durch die Vollstreckbarerklärung hergestellt, die beim nach ZPO § 1046 zuständigen Gericht beantragt werden kann. Der Antrag ist, wenn eine der Prozessvoraussetzungen fehlt, als unzulässig abzulehnen. Ausgenommen ist jedoch dabei der Fall der Unzuständigkeit, in welchem ebenfalls nach ZPO § 276 verwiesen werden kann ¹¹⁹⁾.

¹¹⁷⁾ § 1039 4 b. Jonas.

¹¹⁸⁾ § 1039 II 3. Jonas.

¹¹⁹⁾ Rosenberg S. 144.

IV. Zur Geschichte der Verweisung¹⁾

Das frühere gemeine deutsche Prozessrecht kannte die Verweisung nicht. Die Geschichte der Verweisung ist also verhältnismässig jung. Ergab sich die Unzuständigkeit eines Gerichtes, so hatte es die bei ihm erhobene Klage oder Widerklage durch absolutio ab instantia abzuweisen.

Das erste Mal tauchte das Institut auf in der hannoverschen Prozessordnung vom 8. November 1850²⁾.

Allerdings unterscheidet sich die Verweisung der hannoverschen Prozessordnung sehr wesentlich von der heutigen: die erstere kam nur zum Zuge, wenn im Verlaufe eines bereits anhängigen Prozesses die Streitsumme über die dem mit der Sache befassten Gerichte gesetzte Grenze erhöht wurde. Weitere Unterschiede liegen darin, dass die Verweisung durch ein Urteil erfolgte, und dass die

¹⁾ Zur Geschichte: von Seuffert: Die Verweisung des Rechtsstreites an das zuständige Gericht in ZZP 40, 169 ff.

²⁾ § 4: «Wird im Laufe eines Rechtsstreites, sei es infolge Bestreitens des Rechtes, als dessen Ausfluss der klägerische Anspruch sich darstellt, sei es infolge der Geltendmachung von Einreden, Repliken usw. ein Wertbetrag, welcher die die Zuständigkeit entscheidende Summe übersteigt, Gegenstand der richterlichen Beurteilung, so hat das angegangene Gericht auf den von einer oder der anderen Seite, jedoch sofort zu stellenden Antrag die Verhandlung des Rechtsstreites vor das höhere Gericht, die höhere Gerichtsabteilung zu verweisen, dieses Verweisungsurteil unterliegt keinem Rechtsmittel und bindet das Gericht, vor welches die Sache verwiesen wird. Die hierdurch erwachsenen Kosten, soweit nicht darüber besonders erkannt worden ist, sind kraft des Gesetzes vom Ausgange der Hauptsache abhängig.

Die gleichen Grundsätze entscheiden rücksichtlich der Widerklage, sofern der Betrag derselben an und für sich die über die Zuständigkeit entscheidende Summe übersteigt.»

Kosten, soweit nicht darüber besonders befunden worden ist, abhängig waren vom Entscheide in der Hauptsache. Uebereinstimmend ist die Unanfechtbarkeit und die bindende Kraft der Verweisung. In Bezug auf die zuletzt genannte Regelung ist zu sagen, dass sie sich zunächst nicht behaupten konnte, im Verlaufe der Entwicklung aber wieder auftauchte.

Die 1862 bis 1865 in Hannover tagende Kommission des deutschen Bundestages nahm in ihren Entwurf einer allgemeinen deutschen Zivilprozessordnung die Verweisung auf³⁾, und zwar in enger Anlehnung an den Artikel 4 der hannoverschen Prozessordnung vom 8. November 1850.

Während der Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preussischen Staat keine Verweisungsvorschrift enthält, findet sich eine solche, den bisher angeführten im wesentlichen gleiche, in dem Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund⁴⁾.

In dem 1871 veröffentlichten ersten Entwurf einer deutschen Zivilprozessordnung fand die Verweisung keinen Eingang⁵⁾. Eine Kommission des Bundesrates bearbeitete 1871 bis 1872 den zweiten Entwurf einer deutschen Zivilprozessordnung und nahm darin die

³⁾ § 7, Abs. 1 (zweite Lesung): «Wird im Laufe eines Rechtsstreites infolge des Vorbringens einer Partei ein Anspruch Gegenstand der richterlichen Beurteilung, dessen Wert die Summe übersteigt, welche für die Zuständigkeit des Prozessgerichtes massgebend ist, so hat dieses, wenn die eine oder andere Partei vor weiterer Verhandlung darauf anträgt, den Rechtsstreit vor das zuständige Gericht zu verweisen. Die Entscheidung über die erwachsenen Kosten ist vom Ausgang der Hauptsache abhängig.»

⁴⁾ § 20: «Wenn in einem bei dem Amtsgericht anhängigen Rechtsstreit infolge des Vorbringens einer Partei der Streitgegenstand sich dergestalt erhöht, dass der Wert desselben die für die Zuständigkeit des Amtsgerichtes massgebende Summe übersteigt, so hat dieses, sofern die eine oder andere Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit vor das Kollegialgericht zu verweisen. Ist die Verweisung rechtskräftig erfolgt, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Kollegialgericht anhängig. Die Entscheidung über die im Verfahren vor dem Amtsgericht erwachsenen Kosten ist von dem Ausgang der Hauptsache abhängig.»

⁵⁾ § 426: «Der Antrag auf Feststellung eines im Laufe des Prozesses streitig gewordenen Rechtsverhältnisses (§ 230), welches nicht zur Zuständigkeit des Prozessgerichtes gehört, ist zurückzuweisen, wenn der Gegner, bevor er sich auf den Antrag eingelassen hat, widerspricht.

Diese Bestimmung findet entsprechende Anwendung, wenn der bei einem Amtsgericht durch Widerklage geltend gemachte Anspruch zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört.

Im Falle des ersten Absatzes kann ein Handelsgesicht den Antrag auch von Amts wegen zurückweisen, wenn das Rechtsverhältnis nicht zur Zuständigkeit der Handelsgesichte gehört.»

Verweisung auf, ohne allerdings von den bisher besprochenen Vorbildern abzuweichen⁶⁾).

Im dritten Entwurf, dem Reichstage am 29. Oktober 1874 vorgelegt, findet sich der § 441 des zweiten als § 447, von den Aenderungen des zitierten Paragraphen abgesehen, wörtlich genau wieder. Die Justizkommission des Reichstages traf eine Aenderung, indem sie in den Abs. 2 anstelle der Formulierung «ist die Verweisung rechtskräftig» die Worte: «ist das Urteil rechtskräftig» setzte. Seuffert⁷⁾ glaubt, da die Protokolle über diese Aenderung nichts enthalten, dass es sich um eine redaktionelle Aenderung handle, da man es als selbstverständlich angenommen habe, dass die Verweisung durch ein Urteil und nicht durch einen Beschluss zu erfolgen habe.

Der so geänderte § 447 der Regierungsvorlage wurde als § 467 in die jetzt noch geltende Zivilprozessordnung vom 19. Februar 1877 aufgenommen.

Weder in einem der erwähnten Partikulargesetze noch in einem der Entwürfe findet sich eine Verweisung für den Fall, dass eine Klage von vorneherein bei einem unzuständigen Gericht erhoben worden war; sie alle bezogen sich auf nachträglich, durch Widerklage oder Erweiterung des Klageantrages entstandene Unzuständigkeit.

Wenn die ZPO von 1877 trotzdem die Verweisung bei ursprünglicher Unzuständigkeit sowohl des Land- wie des Amtsgerichts ermöglicht, so ist das dem Abgeordneten Dr. Otto Bähr zu danken, der in der Justizkommission des Reichstages folgende entsprechende Anträge gestellt hatte:

1. Nach § 239 des Entwurfes sei folgender § 239 a einzuschalten:

«Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit vor ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirkes zu verweisen. Ist die

⁶⁾ § 441: «Wird in einem bei dem Amtsgericht anhängigen Prozesse durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klageantrages (§ 227, Nr. 2, 3) ein Anspruch erhoben, welcher zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, oder wird in Gemässheit des § 237 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches die Landgerichte zuständig sind, so hat das Amtsgericht, sofern eine Partei vor weiterer Verhandlung darauf anträgt, seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.

Ist die Verweisung rechtskräftig erfolgt, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgericht anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgericht erwachsenen Kosten werden als Teil der bei dem Landgericht erwachsenen Kosten behandelt.»

⁷⁾ aaO S. 172.

Verweisung rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Amtsgericht anhängig.»

2. Nach § 446 des Entwurfes sei folgender § 446 a aufzunehmen:
«Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen. Ist die Verweisung rechtskräftig erfolgt, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgericht anhängig^{8), 9)}).

Die beiden Paragraphen wurden in die ZPO von 1877 aufgenommen¹⁰⁾ mit folgender Abänderung, anstelle der Formulierung: «ist die Verweisung rechtskräftig» wurde gesetzt: «ist das Urteil rechtskräftig»¹¹⁾).

Schon bald aber zeigte es sich, dass die Entwicklung der Prozessgesetzgebung dahin ging, Verzögerungen der Entscheide durch Streit über die Zuständigkeit zu vermeiden. Die Verweisung durch Urteil aber hatte sich nicht nur als unnütze Belastung der Gerichte, sondern auch als gern benützte Handhabe zur Prozessverschleppung erwiesen¹²⁾).

Die Novelle von 1898 brachte denn auch, der allgemeinen Entwicklung folgend, eine Aenderung des § 467 der ZPO von 1871, indem in Absatz 1 die Worte «durch Beschluss» vor «ausgesprochen» eingeschoben wurden und Absatz 2 folgende Fassung erhielt: «Die Anfechtung des Beschlusses, durch welchen dem Antrag entsprochen wird¹³⁾ findet nicht statt, mit der Verkündung des Beschlusses gilt

⁸⁾ Ursprünglich stellte Dr. Otto Bähr den Antrag, die Verweisungsnorm zu § 11 hinzuzufügen, zog ihn dann aber, da eingewendet wurde, sie sei besser an anderem Ort anzubringen, zurück. Dieser erste Antrag enthielt auch schon die Regelung, dass die durch das Verfahren vor dem unzuständigen Gericht erwachsenen Mehrkosten vom Kläger zu tragen seien. Von dieser Kostenregelung ist in den folgenden Anträgen nicht mehr die Rede.

⁹⁾ Es mag interessant sein, hier festzuhalten, was Rosenberg (ZZP 57 215 f) zu dem Entwurf einer Zivilprozessordnung von 1931 in Beziehung auf die Platzierung des Verweisungsartikels schreibt: «Im übrigen rege ich an, den § 259 in das erste Buch zu versetzen, vielleicht mit § 11 des Entwurfes... denn § 259 gilt trotz seiner systematischen Stellung nicht nur für das Klageverfahren, sondern in jedem zivilgerichtlichen Verfahren..., infolgedessen muss er auch unter den allgemeinen Bestimmungen, nicht im Urteilsverfahren seinen Platz haben.» (§ 259 des Entwurfes von 1931 entspricht dem § 276 der jetzigen ZPO.)

¹⁰⁾ § 239 a des Entwurfes als § 249; § 446 a des Entwurfes als § 446.

¹¹⁾ Bei § 446 wurde der letzte Satz als Absatz 2 eingestellt.

¹²⁾ Vgl. den Bericht der 6. Kommission des Reichstages vom 26. April 1898. Drucksache Nr. 240, 9. Legislaturperiode, Session 1897/8, 9 f.

¹³⁾ d. h. die Unzuständigkeit des Amtsgerichts ausgesprochen und der Rechtsstreit vor das Landgericht verwiesen wird.

der Rechtsstreit als bei dem Landgericht anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgericht erwachsenen Kosten werden als Teil der bei dem Landgericht erwachsenen Kosten behandelt.»

Zur weiteren Begründung wurde auch darauf verwiesen, dass die Unanfechtbarkeit des Beschlusses dem gesetzgeberischen Gedanken, welcher in ZPO § 10¹⁴⁾ zum Ausdruck komme, entspreche¹⁵⁾.

Es darf aber nicht verkannt werden, dass die bereits angedeutete Entwicklung, Verzögerungen der Entscheidung durch Streit über die Zuständigkeit zu vermeiden, durch die Novelle von 1898 das Gebiet der Verweisung nur teilweise zu verfassen vermochte, da sich nämlich die Verweisung durch unanfechtbaren Beschluss nur auf die Fälle bezog, in denen bei einem Amtsgericht in einem bereits anhängigen Fall durch Widerklage oder Erweiterung des Klageantrages ein Anspruch erhoben wurde, der die Zuständigkeit des Amtsgerichtes überschritt¹⁶⁾.

In den Fällen, in denen das Amtsgericht von vornherein sachlich unzuständig war¹⁷⁾ und in den Fällen der Verweisung durch das sachlich unzuständige Gericht¹⁸⁾ musste auch nach der Novelle von 1898 die Verweisung durch Urteil ausgesprochen werden.

Dass die Verweisung durch unanfechtbaren Beschluss nicht ohne Bedenken hingenommen wurde, zeigte eine Äusserung Seufferts¹⁹⁾:

«Durch diese Aenderung wurden Abweichungen von einem sonst im Zivilprozess geltenden Grundsatz herbeigeführt. Nach dem System des Zivilprozesses ergeben die Entscheidungen über die sog. Prozessvoraussetzungen, wozu auch die Zuständigkeit gehört, im ordentlichen Verfahren in Urteilsform. Auch sind solche Entscheidungen in allen anderen Fällen entweder selbständig (vgl. § 275, Abs. 2 ZPO) oder mit dem Endurteil (gemäss §§ 512, 548 ZPO) anfechtbar. Die Einführung der Beschlussform für eine Unzuständigkeitserklärung und die Bestimmung, dass die Unzuständigkeitserklärung des Amtsgerichtes nicht anfechtbar ist, wenn sie mit einer Verweisung an das Landgericht verbunden ist, stehen mit dem System des Gesetzes nicht in Einklang.»

Trotzdem setzte sich die fortschreitende Tendenz, die Zuständigkeitsstreitigkeiten zu vermeiden, immer weiter durch und führte zu einer Neuregelung.

Am 28. Januar 1898 wurde dem Reichstag der Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderung des GVG, der ZPO, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vorgelegt, der

¹⁴⁾ Keine Anfechtung eines Landgerichtsurteils, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichtes begründet gewesen sei.

¹⁵⁾ Vgl. S. 57, Anm. 12.

¹⁶⁾ ZPO § 506.

¹⁷⁾ ZPO § 505.

¹⁸⁾ ZPO § 276.

¹⁹⁾ ZZP 40 175 f.

vorschlug, den § 505 zu ändern; der abgeänderte § 505 passierte die Reichstagskommission ohne Debatte, wurde vom Reichstag angenommen und durch das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 als § 505²⁰⁾ in die ZPO eingestellt.

Durch diesen neugefassten ZPO § 505 wurde das Institut der Verweisung wesentlich verändert, allerdings nur, soweit es das Verfahren vor dem Amtsgericht betraf:

Die Verweisung wurde zugelassen auch bei örtlicher Unzuständigkeit. Der unanfechtbare Beschluss, mit dessen Verkündung der Rechtsstreit bei dem durch ihn bestimmten Gerichte anhängig ist, wurde auch für die örtliche und sachliche Unzuständigkeit, die von vornherein bestand, zugelassen. Durch diese Novelle hatte sich das Institut der Verweisung in der bereits eingeschlagenen Richtung weiter entwickelt: das Verfahren wurde vereinfacht und die Verschleppung immer weiter unmöglich gemacht. Aber wie schon die Novelle 1898 nur einen Teil des Instituts erfasste, so blieb auch diese Neuordnung auf halbem Wege stehen und führte dabei zu einem schwerwiegenden Missverhältnis zwischen den ZPO §§ 505 und 276. Dieser letztgenannte Paragraph erlaubte dem Landgericht eine Verweisung nur im Falle der sachlichen Unzuständigkeit und verlangte, dass die Verweisung durch anfechtbares Urteil auszusprechen sei, während der revidierte ZPO § 505 das Amtsgericht ermächtigte, die Verweisung sowohl bei sachlicher wie auch bei örtlicher Unzuständigkeit, und zwar durch unanfechtbaren Beschluss auszusprechen.

Die Regelung des Abs. 3 Satz 2 der neugefassten Bestimmung, dass der Kläger die entstandenen Mehrkosten auf alle Fälle zu tragen habe, wurde in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen über die Verteilung der Prozesskosten getroffen²¹⁾.

Die Novelle 1909 brachte auch eine neue Fassung, nicht aber

²⁰⁾ «Ist auf Grund der Bestimmungen über die örtliche oder sachliche Zuständigkeit der Gerichte die Unzuständigkeit des Gerichts auszusprechen, so hat das angegangene Gericht, sofern das zuständige Gericht bestimmt werden kann, auf Antrag des Klägers durch Beschluss sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen.

Sind mehrere Gerichte zuständig, so erfolgt die Verweisung an das vom Kläger gewählte Gericht.

Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.*Mit der Verkündung des Beschlusses gilt der Rechtsstreit als bei dem im Beschlusse bezeichneten Gerichte anhängig. Der Beschluss ist für dieses Gericht bindend.

Die im Verfahren vor dem angegangenen Gericht erwachsenen Kosten werden als Teil der Kosten behandelt, welche bei dem im Beschlusse bezeichneten Gerichte erwachsen. Dem Kläger sind die entstandenen Mehrkosten auch dann aufzuerlegen, wenn er in der Hauptsache obsiegt.»

²¹⁾ Vgl. Nr. 735 der Drucksachen des Reichstags, 12. Legislaturperiode, 1. Session 1907/1908, 36 f.

eine Inhaltsänderung des ZPO § 506²²⁾, die z. T. durch die Abänderung des § 505 bedingt war²³⁾.

Neu war § 508, der durch die Novelle von 1909 in der ZPO Eingang gefunden hatte und dessen Absatz 3 sich mit der Verweisung befasst²⁴⁾.

Dieser Absatz 3 regelt den Fall, dass die Verweisung beantragt wird nach dem Erlass eines Versäumnisurteiles und nach erfolgtem Einspruch. In erster Linie hat das Gericht über den Einspruch zu befinden. Wird dieser als unzulässig abgelehnt, so geschieht dies in Form eines Endurteils, das der Berufung unterliegt. Sind aber Einspruch und Verweisungsantrag begründet, so kann das Amtsgericht auf Antrag sich für unzuständig erklären und den Streit verweisen, wobei der Verweisungsbeschluss stillschweigend auch über die Zulässigkeit des Einspruches entscheidet²⁵⁾.

Für das Mahnverfahren brachte die Novelle von 1909 in § 697, der wörtlich aus dem Entwurf übernommen und allerdings erst in zweiter Lesung angenommen wurde, ebenfalls eine Verweisungsvorschrift²⁶⁾.

²²⁾ «Wird durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klageantrages (§ 268, Nr. 2, 3) ein Anspruch erhoben, der zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, oder wird in Gemässheit des § 280 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches die Landgerichte zuständig sind, so hat das Amtsgericht, sofern eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, durch Beschluss sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.

Die Vorschriften des § 505, Abs. 2, Abs. 3, Satz 1, finden entsprechende Anwendung.»

²³⁾ Die Begründung des Entwurfs (vgl. S. 54, Anm. 21) bemerkt zu der neuen Fassung von § 506: «Der § 506 gibt die Vorschriften des bisherigen § 506 inhaltlich unverändert wieder.»

²⁴⁾ «Eine Verweisung des Rechtsstreites an ein anderes Gericht nach §§ 505, 506, findet nur statt, wenn das Amtsgericht den Einspruch für zulässig erachtet. Das Gericht, an welches der Rechtsstreit verwiesen wird, ist an die Entscheidung des Amtsgerichts, durch welche der Einspruch zugelassen wird, gebunden.»

²⁵⁾ Begründung des Entwurfs (vgl. S. 59, Anm. 21), S. 38 f.

²⁶⁾ «Ist ein Anspruch erhoben, der zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, so hat das Amtsgericht, sofern eine Partei vor der Verhandlung darauf anträgt, durch Beschluss sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen; die Vorschriften des § 505 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 finden Anwendung.

Ist der Antrag auf Verweisung schon in dem Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt oder mit dem Widerspruch verbunden worden, so kann die Entscheidung über den Antrag ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Wird die Verweisung beschlossen, so gilt der Rechtsstreit mit der Zustellung des Beschlusses als beim Landgericht anhängig.»

Zu diesem Paragraphen ist der Begründung folgendes zu entnehmen²⁷⁾:

Wenn nach rechtzeitig erhobenem Widerspruch das weitere Verfahren an den Gerichtsstand des Mahnverfahrens gebunden ist, so bleibt das Amtsgericht ohne Verweisungsantrag auch dann für das weitere Verfahren zuständig, selbst wenn es sich um einen Anspruch handelt, der im ordentlichen Verfahren eine Klage vor Landgericht notwendig machen würde. Der § 697 soll nun den Parteien die Möglichkeit einräumen, den Prozess vor Landgericht fortzuführen. Die in Abs. 2 des § 697 gewährte Vereinfachung (Entscheid ohne mündliche Verhandlung) findet ihren Grund in der Seltenheit der Fälle, in denen Zweifel darüber bestehen, ob die wegen des Anspruches zu erhebende Klage vor die Amts- oder Landgerichte gebracht werden muss²⁸⁾.

Dass die (ungerechtfertigte) Divergenz²⁹⁾ zwischen den Verfahren vor Amts- und Landgericht in Bezug auf die Verweisung bald behoben wurde, kann nicht erstaunen. Die Entlastungsverordnung vom 9. September 1915³⁰⁾ hat die zweckmässige Regelung, die vor dem Amtsgericht galt, ausgedehnt auf das Verfahren vor den Landgerichten. Damit war praktisch der Zustand erreicht, wie er sich heute präsentiert. Die Novelle vom 13. Februar 1924 hat lediglich technische Neuerungen gebracht, nämlich einen neuen § 276, der dem § 505 wörtlich entspricht, die vorher auf § 505 verweisenden Paragraphen³¹⁾ geändert und § 505 sowie Entlastungsverordnung § 27 gestrichen.

²⁷⁾ Begründung des Entwurfes (vgl. S. 59, Anm. 21) S. 44.

²⁸⁾ Ueber die Regelung der Verweisung nach der Novelle von 1909 vgl. Hanns Bergmann: Die Verweisung; von Seuffert in ZZP 40 182 ff; Gross ZZP 46 131 ff.

²⁹⁾ «Man hat also dem Einzelrichter in Ansehung der Verweisung eine grössere Macht eingeräumt als dem Kollegialgericht», sagt Seuffert über diesen Zustand in ZZP 40 179.

³⁰⁾ § 27.

³¹⁾ §§ 697, 508.

V. Exkurse

1. Normen der deutschen ZPO, die Streitigkeiten über die Zuständigkeit einzuschränken

Im 1. Kapitel wurde festgestellt, dass die Verweisung nicht die einzige Norm ist, die Zuständigkeitsstreite oder die unerwünschten Folgen der Unzuständigkeit verhindert. Wenn man sich ein Bild machen will über Notwendigkeit und Bedeutung der Verweisung in einer bestimmten Rechtsordnung, ist es angezeigt, auch diese anderen Normen zu überprüfen.

a) *Zuständigkeit kraft gerichtlicher Bestimmung*¹⁾

Es gibt Situationen, die ihrer Natur nach einer gesetzlichen Regelung der Zuständigkeit zum voraus nicht oder doch nicht eindeutig fähig sind, in denen sich eine andere Lösung aufdrängt, die den besonderen Verhältnissen besser gerecht wird: das zuständige Gericht wird durch ein höheres Gericht bestimmt. Die Bestimmung des zuständigen Gerichtes durch das höher ist in allen Verfahren der streitigen Zivilgerichtsbarkeit möglich²⁾. Dies gilt für die ordentlichen wie auch für die Arbeitsgerichte³⁾. In der Regel geht es darum, das örtlich, seltener das sachlich und nur ausnahmsweise das funktionell zuständige Gericht zu bestimmen. Die Bestimmung, die einen Akt der Rechtspflege darstellt, und die keinen Bestandteil des Verfahrens bildet, erfolgt in den Fällen von ZPO §§ 36, 650 II, 651 I, II und GVG 2. Der Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichtes darf auch noch gestellt werden, nachdem der Streit schon anhängig gemacht ist, auch noch, nachdem bereits die Einrede der Unzuständigkeit erhoben ist⁴⁾.

ZPO § 36 kennt folgende Fälle: 1. Das an sich zuständige Gericht ist in einem einzelnen Falle rechtlich oder tatsächlich verhindert, seines Amtes zu walten. Eine tatsächliche Verhinderung kann z.B. eintreten in-

¹⁾ Rosenberg S. 139 ff; Schönke S. 155 f; Nikisch S. 101.

²⁾ RG 44 394, 45 388, 45 206, 121 20, 164 308; DR 1940 741¹⁸ = HRR 1940 550.

³⁾ ArbGG § 46 II.

⁴⁾ Rosenberg S. 140; RG 158 223 gegen 115 372 und Warn 1932 143.

folge kriegerischer Ereignisse⁵⁾; eine rechtliche, weil der einzige Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen oder weil er zu Recht abgelehnt worden ist⁶⁾.

2. Das zuständige Gericht ist im Hinblick auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiss; mit anderen Worten, die ausschlaggebende Oertlichkeit⁷⁾ kann nicht mit Sicherheit in einen Gerichtsbezirk gewiesen werden⁸⁾.

3. Für mehrere Personen, die verschiedene allgemeine Gerichtsstände haben, besteht kein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand, und doch möchte der Kläger sie gemeinsam verklagen⁹⁾.

4. Eine Klage muss im dringlichen Gerichtsstand der belegen Sache¹⁰⁾ erhoben werden, die Sache ist aber in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen¹¹⁾.

5. In ein und demselben Rechtsstreit haben sich verschiedene Gerichte rechtskräftig für zuständig erklärt. Dieser positive Kompetenzkonflikt liegt vor, wenn die Gerichte ihre Zuständigkeit rechtskräftig bejaht haben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, wenn sie also ihren Entscheid durch Zwischenurteil¹²⁾ erlassen haben, und der Prozess noch anhängig ist¹³⁾.

6. Verschiedene Gerichte, von denen eines für den Streit zuständig ist, haben sich rechtskräftig für unzuständig erklärt. Dieser negative Kompetenzkonflikt setzt voraus, dass mehrere Gerichte ihre Zuständigkeit durch rechtskräftiges Endurteil verneint haben¹⁴⁾.

Bestimmt das höhere Gericht das zuständige, so ist dieser Beschluss unanfechtbar und das bestimmte Gericht ist an die Entscheidung gebunden¹⁵⁾. Weist es das Gesuch um Bestimmung zurück, so ist die Beschwerde¹⁶⁾ gegeben. Hat das obere Gericht ein Gericht für zuständig erklärt, so ist ein Streit über die Zuständigkeit nicht mehr zulässig¹⁷⁾.

Im Hinblick auf die Verweisung lässt sich sagen, dass für sie dort kein Raum ist, wo das im Instanzenzug höhere Gericht die Zuständigkeit bestimmt hat¹⁸⁾, weil eben in diesem Falle die Frage der Zuständigkeit für das Prozessgericht und die Parteien entschieden ist¹⁹⁾. Das bestimmte

⁵⁾ Vgl. ZPO § 245.

⁶⁾ ZPO § 36 Ziff. 1.

⁷⁾ Z.B. Wohnung des Beklagten, Ort der unerlaubten Handlung.

⁸⁾ ZPO § 36, Ziff. 2.

⁹⁾ ZPO § 36, Ziff. 3.

¹⁰⁾ ZPO § 24.

¹¹⁾ ZPO § 36, Ziff. 4.

¹²⁾ ZPO § 275.

¹³⁾ Nikisch S. 101; ZPO § 36 Ziff. 5.

¹⁴⁾ Nikisch S. 101; ZPO § 36 Ziff. 6.

¹⁵⁾ ZPO § 37.

¹⁶⁾ ZPO § 567.

¹⁷⁾ RG 154 302; Schönke S. 156.

¹⁸⁾ Wie umgekehrt eine Zuständigkeitsbestimmung dann nicht vorgenommen werden darf, wenn bereits eine Verweisung an das zuständige Gericht erfolgt ist. RG 158 233.

¹⁹⁾ RG 86 404.

Gericht ist an die Bestimmung gebunden²⁰⁾. Ausgenommen sind selbstverständlich die Fälle von ZPO § 506.

b) Zuständigkeit kraft Parteiverhaltens (Prorogation)

Die Ordnung der Zuständigkeit, so wie sie das Gesetz stipuliert, ist im allgemeinen nicht zwingender Natur. Die Parteien haben deshalb die Möglichkeit, in weitem Umfange in diese Ordnung einzugreifen²¹⁾. Die Parteien können Vereinbarungen über die Zuständigkeit eines Gerichtes treffen, sofern das Gesetz die Zuständigkeit nicht als ausschliessliche bestimmt hat²²⁾. Ist nur die örtliche Zuständigkeit ausschliesslich, so ist die Vereinbarung in Bezug auf die sachliche zulässig und umgekehrt. Die funktionelle Zuständigkeit ist ausschliesslich, lässt also eine Parteivereinbarung nicht zu²³⁾. In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit eine ausschliessliche, vor allem in Ehe- und Personenstandsachen²⁴⁾. Immer dann ist die sachliche oder örtliche Zuständigkeit eine ausschliessliche, wenn das Gesetz sie als solche bezeichnet²⁵⁾.

Das heisst nun, dass Gegenstand solcher Vereinbarungen immer nur die örtliche oder die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte erster Instanz sein kann, also eines Amts- oder Landgerichts, dagegen nicht die Zuständigkeit von Sondergerichten²⁶⁾.

Die Zuständigkeit eines Berufungsgerichtes kann nicht für eine zur erstinstanzlichen Zuständigkeit gehörige Sache vereinbart werden²⁷⁾.

Ein positiver Kompetenzvertrag liegt vor, wenn die Parteien die Zuständigkeit eines an sich nicht zuständigen Gerichtes vereinbaren, ein negativer, wenn sie die Zuständigkeit eines von mehreren gesetzlich zuständigen Gerichten ausschliessen.

Der Prorogations-Vertrag kann formlos, also auch stillschweigend²⁸⁾ geschlossen werden, muss sich aber auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Rechtsstreitigkeiten beziehen²⁹⁾. Auch für die Entscheidung, ob ein Vertrag von Bestand oder wirksam angefochten ist, gilt dann der vereinbarte Gerichtsstand³⁰⁾.

Die Vereinbarung kann in jedem Stadium des Verfahrens erfolgen, somit auch in den vorbereitenden Schriftsätzen oder durch übereinstimmenden Verweisungsantrag³¹⁾.

²⁰⁾ RG 131 252 f.

²¹⁾ Nikisch S. 84; ZPO §§ 38—40.

²²⁾ ZPO § 40 II; Jonas § 40 2.

²³⁾ Ausnahmen: § 349 III «Im Einverständnis beider Parteien kann der Einzelrichter bei Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche an Stelle des Prozessgerichtes entscheiden».

²⁴⁾ ZPO §§ 606, 642.

²⁵⁾ GVG § 71 II; ZPO §§ 24, 584, 802.

²⁶⁾ RG 66 232; RAG 13 260/61.

²⁷⁾ RG 19 385.

²⁸⁾ ZPO § 38.

²⁹⁾ ZPO § 40.

³⁰⁾ OLG Hamburg, MDR 1949 368.

³¹⁾ ZPO §§ 276, 506; Jonas § 38 II b.

Würde die «Zuständigkeit» einer nicht richterlichen Behörde oder einer Privatperson vereinbart, so könnte dies einem Schiedsvertrag gleichen³²⁾. Die Vereinbarung hat keine Gültigkeit, soweit der Rechtsweg nicht zulässig ist³³⁾.

Die Zulässigkeit der Vereinbarung eines ordentlichen an Stelle eines besonderen Gerichtes «hängt von den die Zuständigkeit des besonderen Gerichtes begründenden Rechtsnormen ab»³⁴⁾, bei landesgesetzlich geregelten besonderen Gerichten also von der Landesgesetzgebung. Im Zweifelsfalle muss eine solche Vereinbarung als unzulässig betrachtet werden³⁵⁾. Für das arbeitsgerichtliche Verfahren ist zu sagen³⁶⁾, dass die Geltung der ZPO §§ 38—40 beschränkt ist auf die örtliche Zuständigkeit³⁷⁾, dass diese Bestimmungen jedoch nicht gelten³⁸⁾ im Verhältnis zu den ordentlichen Gerichten. In einer Sache, die zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gehört³⁹⁾, kann nicht die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichtes vereinbart werden⁴⁰⁾.

In diesen Zusammenhang gehört der Fall, dass der Beklagte vor dem unzuständigen Gericht, das der Kläger angerufen hat, zur Hauptsache mündlich verhandelt, ohne die Unzuständigkeit zu rügen. Bei der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung⁴¹⁾, oder bei der Entscheidung nach Lage der Akten⁴²⁾ wird die vorbehaltlose schriftsätzliche Einlassung zur Hauptsache der mündlichen Verhandlung gleichgesetzt⁴³⁾. Ebenso liegt ein Verhandeln zur Hauptsache vor, wenn der Beklagte gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Kläger das Versäumnisurteil⁴⁴⁾ beantragt, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen. Diese vorbehaltlose Einlassung des Beklagten wird durch das Gesetz als stillschweigende Vereinbarung aufgefasst, die zur Begründung der Zuständigkeit des Gerichtes führt. Die Einrede der Unzuständigkeit kann auch dann nicht nachgeholt werden, wenn es der Beklagte ohne sein Verschulden unterlassen hatte, sie vorzubringen, z. B. wenn er die Unzuständigkeit gar nicht kannte⁴⁵⁾. ZPO § 39 enthält eine unwiderlegliche Vermutung der Vereinbarung der Zuständigkeit, so dass die Einrede der Unzuständigkeit nicht mehr vorgebracht werden kann, wenn der Tatbestand des ZPO § 39 einmal erfüllt ist, selbst dann nicht, wenn der Beklagte im Irrtum befangen war über die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes, und auch dann nicht, wenn gemäss ZPO § 274 III die Einrede nachträglich noch vorgebracht werden könnte.

32) ZPO § 1025.

33) Jonas § 38 II 3.

34) Jonas aaO.

35) Vgl. dazu die Ausführungen von Jonas vor § 1 IV B 1.

36) Jonas § 38 V 1.

37) Auf das Verhältnis mehrerer Arbeitsgerichte zueinander.

38) Abgesehen von ArbGG § 32, der einen Sonderfall darstellt.

39) DArbGG Art. II.

40) ZPO § 40 II, verbunden mit ArbGG § 2 I Satz 1.

41) EntlVO § 7.

42) ZPO §§ 251 a, 331 a.

43) Jonas § 39 II 1.

44) ZPO § 330.

45) ZPO §§ 102, 103.

c) Einzelne Bestimmungen

ZPO § 10 bestimmt, dass Urteile eines Landgerichtes nicht angefochten werden können, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichtes begründet gewesen sei. Erklärt sich das Landgericht in einem Urteil für zuständig, in dem es die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit verwirft, oder durch eine Entscheidung zur Hauptsache, so kann diese Entscheidung nicht mehr, weil vom sachlich unzuständigen Gericht erlassen, angefochten werden. Es wäre nämlich nicht einzusehen, weshalb sich die Parteien beschweren sollten, wenn ein höheres Gericht an Stelle des niederen die Entscheidung gefällt hat ⁴⁶⁾. ZPO § 10 bezieht sich auf jede Art von sachlicher Zuständigkeit ⁴⁷⁾. Nicht zum Zuge aber kommt ZPO § 10 im Verhältnis zwischen den Land- und den Arbeitsgerichten ⁴⁸⁾.

ZPO §§ 512 a, 549 II. Hat in einem Prozess über vermögensrechtliche Ansprüche das Gericht erster Instanz seine örtliche Zuständigkeit zu Unrecht behauptet, so kann aus diesem Grunde weder die Berufung ⁴⁹⁾ eingelegt, noch die Revision ⁵⁰⁾ verlangt werden.

ZPO § 528. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird in der Berufungs-Instanz die sachliche Zuständigkeit des Vorderrichters nicht mehr von Amtes wegen geprüft. Der Beklagte, der in erster Instanz zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, darf die sachliche Unzuständigkeit nur dann geltend machen, oder die Zuständigkeit eines Arbeitsgerichtes behaupten, wenn er glaubhaft machen kann, dass er ohne sein Verschulden ausserstande gewesen sei, die Rüge in der ersten Instanz vorzubringen. Voraussetzung ist aber, dass eine ausschliessliche sachliche Zuständigkeit vorliegt ⁵¹⁾. Ist die Zuständigkeit keine ausschliessliche, so hat schon die Einlassung des Beklagten zur Hauptsache vor dem Erstgericht dessen Zuständigkeit begründet ⁵²⁾ ⁵³⁾.

ZPO § 11. Wenn ein Amtsgericht oder Landgericht sich für unzuständig erklärt und zugleich diesen Prozess an das zuständige Gericht verweist, so ist seine Entscheidung für dieses Gericht bindend ⁵⁴⁾. Das Gleiche gilt nun, wenn auf Grund der sachlichen Unzuständigkeit die Klage abgewiesen wird, da nach ZPO § 11 diese Entscheidung für das Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, bindet. Bei der Entscheidung über die Zuständigkeit nach Geschäften findet ZPO § 11 sinngemässe Anwendung ⁵⁵⁾. Nicht aber kann ZPO § 11, wie aus dem Gesetzestext eindeutig hervorgeht, Platz greifen, wenn es sich um örtliche Zuständigkeit handelt ⁵⁶⁾. ZPO § 11 ist auch im Verhältnis zwischen den ordentlichen und den Arbeitsgerichten anwendbar ⁵⁷⁾.

⁴⁶⁾ Nikisch S. 104.

⁴⁷⁾ Jonas § 10 I, II.

⁴⁸⁾ Jonas § 10 III.

⁴⁹⁾ ZPO § 512 a.

⁵⁰⁾ ZPO § 549 II.

⁵¹⁾ ZPO § 528.

⁵²⁾ ZPO § 39.

⁵³⁾ Betr. örtlicher Zuständigkeit siehe oben und ZPO § 512 a.

⁵⁴⁾ ZPO §§ 276, 506, 697, 700; Jonas § 11 I.

⁵⁵⁾ RG 66 17 ff.

⁵⁶⁾ RG 16. II. 98., JW 200. (RG JW 27 200.)

⁵⁷⁾ ArbGG § 48 I.

2. Die Verweisung im Rahmen der gesamten deutschen Rechtssprechung

Die Verweisung findet ihre Regelung in der ZPO und bezieht sich ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit. Diese beiden Momente zwingen zum Schluss, dass die Verweisung grundsätzlich nur Verwendung finden darf innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, nicht aber dort, wo der Rechtsweg verlassen und der Verwaltungsrechtsweg beschritten oder das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit betreten wird. Ebensowenig ist eine Verweisung an ein Schiedsgericht möglich.

Zur Erkenntnis der Bedeutung der Verweisung innerhalb des gesamten deutschen Prozesswesens ist es notwendig, die Rechtsbezirke, in denen die Verweisung Verwendung findet, von jenen abzugrenzen, die keine Verweisung zulassen.

A) Zulässigkeit des Rechtsweges¹⁾

Die Entwicklung hat in Deutschland dahin geführt, dass eine besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit mit selbständigen Verwaltungsgerichten eingeführt und auch im Gerichtswesen Justiz und Verwaltung getrennt wurden. Danach sind Streitigkeiten über öffentlich-rechtliche Verhältnisse auf dem Verwaltungswege, privatrechtliche Streitigkeiten auf dem Rechts-, d. h. auf dem Gerichtswege vor den ordentlichen Gerichten zu entscheiden. Grundsätzlich gilt also, dass die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in den ordentlichen Rechtsweg gehören²⁾. Daraus folgt, dass die öffentlichrechtlichen Angelegenheiten in den Verwaltungsweg gewiesen werden. Dieser Grundsatz erleidet aber insofern Einschränkungen, als der Gesetzgeber im Reichs- und Landrecht für öffentlichrechtliche Angelegenheiten den ordentlichen Rechtsweg öffnen und ihn für bürgerliche Streitigkeiten verschliessen kann.

Auf die Verweisung bezogen heisst dies, dass sie in allen vor den ordentlichen Gerichten ausgetragenen Streitigkeiten zulässig ist, also in allen bürgerlichen rechtlichen Streitigkeiten, wenn sie nicht ein Reichs- oder Landesgesetz dem Rechtsweg entzogen und in den Verwaltungsweg gewiesen hat, in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nur dann, wenn durch Reichs- oder Landesgesetz der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten für diese eröffnet worden ist.

Der Rechtszustand ist weder im Bund noch in Ländern einheitlich. Das geltende Recht hat teils dem germanisch-englischen Prinzip des «Justizstaates», teils dem franz. System der Trennung der Gewalten den Vorzug gegeben. Der Grund dieser unübersichtlichen Zustände ist darin zu suchen, dass erstens die Vorschriften des geltenden Rechts aus verschiedenen Zeiten stammen, und dass zweitens politische und Zweckmässigkeits-Erwägungen bald den Ausschlag zu Gunsten des einen, bald zu Gunsten des andern Systems gegeben haben³⁾.

¹⁾ Rosenberg S. 33 ff; Nikisch S. 35 ff; Schönke S. 49 ff; Jonas vor § 1 II; Baumbach GVG § 13, Vorbemerkungen zu §§ 13–17.

²⁾ GVG § 13; EGZPO § 3.

³⁾ Rosenberg S. 34.

a) *Zivilprozesssachen kraft Zuweisung*

Die Fälle in denen Bundes- oder Landesgesetze Streitigkeiten, die ihrer Natur nach öffentlich-rechtliche sind, in den ordentlichen Rechtsweg gewiesen haben, sind zahlreich⁴⁾. Insbesondere gehören die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus dem Beamtenverhältnis, die Schadenersatzansprüche aus Amtspflichtverletzungen der Beamten und die Enteignungsentschädigungen hierher⁵⁾. Durch diese Weisung in den Rechtsweg unterliegen diese öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in vollem Umfange dem Verfahren, wie es die ZPO festlegt, sie sind also auch der Verweisung fähig.

b) *Beschränkung des Rechtsweges*

In gewissen Fällen ist die Zuständigkeit der Zivilgerichte erst gegeben, nachdem eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ergangen ist. Auf Grund des GVG § 13 kann auch das Landesrecht solche Beschränkungen aufstellen, die sich aber innerhalb der durch das Bundesrecht gezogenen Grenzen halten müssen⁶⁾. Im Hinblick auf die Verweisung bedeutet dies, dass in Streitigkeiten, die dem Rechtsweg nur beschränkt zugänglich sind, die Verweisung erst dann aktuell wird, wenn das verwaltungsrechtliche Stadium durchlaufen und das ordentliche Gericht mit der Sache befasst ist⁷⁾.

c) *Verwaltungssachen kraft Zuweisung*

Sind umgekehrt privatrechtliche Streitigkeiten durch Reichs-, Bundes- oder Landesrecht den ordentlichen Gerichten entzogen und den Verwaltungsgerichten zur Entscheidung zugewiesen⁸⁾, so finden sie ihre Regelung im besonderen Verwaltungsverfahren, nicht im Verfahren der ZPO; eine Verweisung ist dann ausgeschlossen.

d) *Die bürgerliche Rechtsstreitigkeit*

Wenn weder das Bundes- noch das Landesrecht eine Angelegenheit in den Rechts- oder den Verwaltungsweg gewiesen haben, so ist der ordentliche Rechtsweg zu begehen, falls der Prozess seiner Natur nach eine «bürgerliche Rechtsstreitigkeit» darstellt⁹⁾. Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit ist ein bundesrechtlicher, sein Inhalt darf nur nach Bundesrecht bestimmt werden¹⁰⁾. Von einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit ist dann die Rede, wenn der Streitgegenstand eine Rechtsfolge des Privatrechts ist¹¹⁾. Das entscheidende Erkennungsmittel ist nach der vorherrschenden Auffassung, «ob die Rechtsfolge auf dem Eingriff hoheitlicher Gewalt beruht oder nicht»¹²⁾, ob die Beziehungen der Par-

⁴⁾ Jonas vor § 1 II B.

⁵⁾ Nikisch S. 40 f.

⁶⁾ Jonas vor § 1 II D a. A.

⁷⁾ Jonas vor § 1 II D 1

⁸⁾ Vgl. dazu die Aufzählung bei Jonas vor § 1 II A 2.

⁹⁾ GVG § 13.

¹⁰⁾ Rosenberg S. 35; Nikisch S. 37.

¹¹⁾ Rosenberg S. 35; Schönke S. 50.

¹²⁾ Schönke S. 50.

teien zueinander auf dem Boden der Gleichberechtigung erwachsen sind, ob sich die Parteien als gleichberechtigte gegenüberstehen oder nicht¹³⁾. Ob eine bürgerlich-rechtliche Rechtsstreitigkeit vorliegt, bestimmt sich auf Grund der Klagebehauptung, die vom Richter rechtlich zu würdigen, aber nicht auf Wahrheit zu prüfen ist¹⁴⁾. «Die tatsächliche Klagebegründung muss mindestens die Möglichkeit eines bürgerlich-rechtlichen, vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgenden Anspruches ergeben»¹⁵⁾. Auf die Verteilung des Beklagten kommt es ebensowenig an wie auf die Rechtsauffassung des Klägers¹⁶⁾. Auf die Natur der anzuwendenden Norm darf es ebenfalls nicht ankommen, denn es ist möglich, dass zur Beurteilung eines Zivilprozesses öffentlich-rechtliche Fragen entschieden werden müssen¹⁷⁾. Ob eine vermögensrechtliche Angelegenheit in Frage steht, ist, da auch das öffentliche Recht diesen Begriff kennt, ohne Bedeutung, d. h. auch ein vermögensrechtlicher Anspruch kann den ordentlichen Gerichten entzogen sein¹⁸⁾.

e) Die Erweiterung des Begriffes der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit

Eine Erweiterung ergibt sich daraus, dass, was nach der zur Zeit des Erlasses des GVG im Jahre 1877 bestehenden Rechtsauffassung als bürgerliche Rechtsstreitigkeit galt und deshalb durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden war, auch fernerhin als bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor die ordentlichen Gerichte gehört¹⁹⁾, auch wenn die Wissenschaft früher als privatrechtlich betrachtete Ansprüche heute ins öffentliche Recht weist²⁰⁾.

Dadurch wird erreicht, da die Verwaltungsgerichte nur für die ihnen ausdrücklich zugewiesenen Sachen zuständig sind, dass derartige Ansprüche²¹⁾ den Schutz einer Gerichtsbarkeit überhaupt genießen. In diesen Fällen, die nach der ständigen Rechtssprechung des Reichsgerichts ebenfalls vor die ordentlichen Gerichte gehören und dort nach der ZPO verhandelt werden, ist eine Verweisung möglich. Für die sogenannten Anhangs- und Widerspruchsprozesse²²⁾ ergibt sich eine Erweiterung da-

¹³⁾ Rosenberg S. 36; Schönke S. 50; RG 153 4; h. M.

¹⁴⁾ RG aaO, 162 233, 166 314; SeuffArch 98 4.

¹⁵⁾ RG 157 200; vgl. auch RG 150 174.

¹⁶⁾ RG 157 115.

¹⁷⁾ RG 93 202 f.

¹⁸⁾ RG 104 253, 106 409, 108 287, 153 4.

¹⁹⁾ RG 111 213.

²⁰⁾ RG 93 203, vgl. ferner RG 92 310, 93 78 und 210, 106 179, 212 221, 130 316, 166 277, 157 250, 165 245; JW 25 2436, 27 440.

Terminologisches: Schönke (S. 53) spricht von stillschweigender Zuweisung; Nikisch (S. 39 f.) von Zivilprozess-Sachen kraft Ueberlieferung; die hier verwendete Formulierung stammt von Rosenberg (S. 38).

²¹⁾ Z. B. Ansprüche aus dem Patronatsrecht oder zu kirchlichen Zwecken, Streitigkeiten aus Wegbaupflichten oder aus öffentlich-rechtlichen (Verwaltungs-) Verträgen. Beispiele aus Rosenberg (S. 38).

²²⁾ Z. B. Abänderungsklage (ZPO § 323), Wiederaufnahmeklage (ZPO §§ 578 f), Vollstreckungsgegenklage (ZPO § 707), Klage auf Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel (ZPO § 768).

durch, dass der im Vorprozess zugelassene Rechtsweg notwendigerweise auch im Anhangsprozess beschritten werden muss²³⁾.

B) Der Kompetenzkonflikt

Bei Entscheidung der Frage, ob eine Sache in den ordentlichen Rechtsweg oder den Verwaltungsweg gehöre, handelt es sich um die Abgrenzung zweier verschiedener Arten von Gerichtsbarkeit, nicht um die Verteilung der Zuständigkeit auf mehrere gleichartige Behörden. Jede Behördengattung muss sich streng an die Grenzen der ihr zugewiesenen Tätigkeit halten²⁴⁾.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges ist Prozessvoraussetzung und in jedem Stadium des Rechtsstreites vor den ordentlichen Gerichten von Amts wegen zu prüfen²⁵⁾. Parteiabreden über die Zulässigkeit des Rechtsweges sind, da die entsprechenden Normen zwingender Natur sind, auf diesem Gebiet ohne Einfluss²⁶⁾. Nur auf dem Wege über den gesetzlich zugelassenen Abschluss eines Schiedsvertrages können die Parteien bürgerliche Rechtsstreitigkeiten den ordentlichen Gerichten entziehen²⁷⁾.

Ergibt sich zwischen Verwaltung und Justiz ein Streit über die Zugehörigkeit einer Sache zu der einen oder anderen Gerichtsbarkeit, ein sogenannter Kompetenzkonflikt, so entscheiden die ordentlichen Gerichte mit Wirkung auch gegenüber den Verwaltungsbehörden²⁸⁾. Die Gerichte besitzen die sogenannte Kompetenz-Kompetenz und die Verwaltungsstellen sind an ihre rechtskräftige Entscheidung, die den Rechtsweg bejaht, gebunden; an eine Entscheidung, die den Rechtsweg verneint, nur dann, wenn nicht einer der Kompetenzgerichtshöfe, deren Einrichtung den einzelnen Ländern überlassen ist, angerufen werden kann. Umgekehrt kann die Verwaltung nicht bindend über die Zulässigkeit des Rechtsweges entscheiden. Es bleibt Sache der ordentlichen Gerichte, diese Frage zu prüfen²⁹⁾. Eine Verweisung zwischen den beiden verschiedenen Arten der Gerichtsbarkeit scheidet dabei zum vornherein aus.

Ist die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht durch ein ordentliches Gericht rechtskräftig festgestellt, so ist die Möglichkeit des Kompetenzkonfliktes eröffnet³⁰⁾. Die Landesgesetzgebung kann unter Beobachtung der Bestimmungen des GVG § 17 die Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Zivilgerichten einerseits und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten anderseits besonderen Behörden, den Kompetenzkonflikt-Gerichtshöfen, übertragen³¹⁾.

Die Entscheidung des Konfliktgerichtshofes beschränkt sich auf die

²³⁾ Rosenberg S. 38.

²⁴⁾ Nikisch S. 41.

²⁵⁾ RG 96 74 und 101, 101 426, 117 403, 122 101, 153 4.

²⁶⁾ RG 108 245, 122 101.

²⁷⁾ ZPO § 1025; RG 111 279.

²⁸⁾ Hellwig Lb 1, 38 f; GVG § 17; EGGVG § 2; RG 101 115.

²⁹⁾ RG JW 1936 824.

³⁰⁾ Die rechtskräftige Verneinung der Zulässigkeit des Rechtsweges schliesst die Erhebung des Kompetenzkonfliktes nicht aus. Schönke S. 55.

³¹⁾ Rosenberg S. 40; Schönke S. 55; GVG § 17; Jonas vor § 1 II E 2.

Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges und ist bindend für Gerichte und Verwaltungsbehörden.

Oertlich ist die Entscheidungsbefugnis der Konfliktshöfe beschränkt auf Konflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsinstanzen ihres Landes ³²⁾.

C) Die freiwillige Gerichtsbarkeit ³³⁾

Die Verweisung einer bürgerlichen Rechtssache an eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist unzulässig. Jonas ³⁴⁾ ist der Auffassung, dass sie aus praktischen Erwägungen doch zugelassen werden sollte, wo für beide Verfahren dieselbe Art von Gerichten zuständig ist, obwohl es sich sachlich nicht um Zuständigkeit, sondern um Zulässigkeit des Rechtsweges handelt. Die Auffassung ist umstritten ³⁵⁾.

Im geltenden Recht ist indessen ein Kompetenzkonflikt zwischen der freiwilligen und streitigen Zivilgerichtsbarkeit fast ausgeschlossen ³⁶⁾. Der Grund ist darin zu suchen, dass das Gesetz dadurch, dass es eine Sache an den Vormundschafts-, Nachlass-, Registerrichter usw. weist, klarstellt, dass sie dem Rechtsweg entzogen ist ³⁷⁾. Die konkrete gesetzliche Regelung entscheidet also in jedem Falle. In Zweifelsfällen ist entscheidend, ob ein Recht besteht, das der eine gegen den anderen im Wege der Klage verfolgen kann oder nicht ³⁸⁾. Dort ist der Streit im Zivilprozess, sonst im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erledigen.

D) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich der Anwendungsbereich der Verweisung grundsätzlich deckt mit dem der ZPO, dass die Verweisung dort zulässig ist, wo Streitigkeiten ihrer Natur nach oder kraft Zuweisung vor den ordentlichen Gerichten der streitigen Zivilgerichtsbarkeit zur Austragung gelangen, dass sie ferner zulässig ist im Verhältnis zu besonderen Zivilgerichten, wenn eine gesetzliche Regelung dies so ordnet, dass die Verweisung aber nicht zulässig ist im Verhältnis der ordentlichen Gerichte und der Verwaltungsbehörden, sowie der ordentlichen Gerichte und der Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ebenso ist eine Verweisung an ein Schiedsgericht nicht zulässig ³⁹⁾.

³²⁾ Rosenberg S. 41.

³³⁾ Dazu Jonas vor § 1 III, vor § 1 S. 20, § 36 IV.

³⁴⁾ Jonas § 276 II.

³⁵⁾ ZZP 51 114.

³⁶⁾ Rosenberg S. 52.

³⁷⁾ Rosenberg aaO.

³⁸⁾ JW 1925 2114⁵.

³⁹⁾ Jonas § 276 II und N 8.

Die Prozessverweisung im Zürcher Zivilprozess

I. Grundsätzliches

1. Im zürcherischen Zivilprozess gilt der Grundsatz, dass jedes Gericht von Amtes wegen bei Anhängigmachung des Streites seine Zuständigkeit zu prüfen hat. Ergibt sich, dass das angerufene Gericht unzuständig ist, so hat es die Klage von der Hand zu weisen¹⁾. Wenn das zürcherische Zivilprozessrecht trotzdem Verweisungsnormen enthält, so sind diese grundsätzlich als Ausnahmen von der prinzipiellen Regelung zu betrachten, geschaffen in Berücksichtigung besonderer Verhältnisse²⁾.

Die Gesetze, die den Zürcher Zivilprozess regeln, enthalten zwei Normen, die eine Verweisung vom unzuständigen an das zuständige Gericht stipulieren³⁾, ⁴⁾. Diese Normen erfuhren im Laufe der verschiedenen Gesetzesrevisionen nie grosse Änderungen und standen auch nie im Vordergrund der Diskussion⁵⁾.

Dass die Verweisung nicht als Prinzip Eingang gefunden hat, kann eigentlich nicht verwundern; dies im Hinblick auf die Tatsache, dass eine kantonale Verweisungsform ja nur innerhalb des kantonalen Rechtspflegegebietes, nicht aber im Verhältnis zu ausserkantonalen Gerichten Anwendung finden kann. Diese Beschränkung auf ein kleines Anwendungsgebiet, in dem zudem, gerade infolge

¹⁾ ZPO §§ 25 II, 129.

²⁾ ZR 37 Nr. 115, 42 Nr. 1.

³⁾ GVG § 82; ZPO § 133 II.

⁴⁾ Siehe hinten II, III.

⁵⁾ GVG § 214 bestimmt, dass Eingaben, die aus Versehen an eine unrichtige Amtsstelle gerichtet sind, von Amtes wegen an die richtige Behörde weitergeleitet werden müssen, wobei sie als in demjenigen Zeitpunkt bei der richtigen Behörde eingegangen gelten, in dem sie der falschen Stelle oder für diese der Post übergeben wurden. GVG § 214 darf nicht als Verweisungsvorschrift aufgefasst werden, weil die begrifflichen Voraussetzungen fehlen: Eine Verweisung im Sinne der bisherigen Terminologie ist nur dann möglich, wenn der Kläger an ein unzuständiges Gericht gelangt in der Meinung, es sei das zuständige, nicht aber, wenn das Gericht, dem die Klage zugestellt wird, gar nicht angerufen werden wollte. Die Verwandtschaft zwischen den Verweisungsnormen und GVG § 214 liegt darin, dass beide reine Zweckmässigkeitsvorschriften sind, die im Dienste der Prozessökonomie stehen. In den folgenden Betrachtungen wird GVG § 214 ausser acht gelassen.

seiner Kleinheit, die Zuständigkeitsordnung relativ einfach ist und deshalb Zuständigkeits-Streitigkeiten zwischen kantonalen Gerichten nicht häufig sind, musste notgedrungen dazu führen, dass in der Verweisung nur eine wenig wirksame Einrichtung gesehen wurde, bezogen auf die ganze Fülle der Rechtsfälle.

Ferner dürfen die zahlreichen bundesrechtlichen Vorschriften⁶⁾ nicht übersehen werden, die in die kantonale Regelung der Zuständigkeit eingreifen und die Möglichkeit und den Ausbau von Verweisungsnormen in hohem Masse tangieren.

Die beiden Verweisungsparagraphen nehmen ausschliesslich Bezug auf die sachliche Zuständigkeit, eine Verweisung für den Fall, dass ein Gericht örtlich oder funktionell unzuständig ist, kennt das zürcherische Zivilprozessrecht nicht.

GVG § 82 und ZPO § 133 II weisen insofern einen prinzipiellen Unterschied auf, als im Falle von GVG § 82 das erstangerufene Gericht keine Zuständigkeit erlangt, während bei ZPO § 133 II dessen Zuständigkeit begründet wird, wobei die Rechtshängigkeit die Verweisung überdauert, GVG § 82 erfasst somit die ursprüngliche, ZPO § 133 II die nachträglich eintretende Unzuständigkeit⁷⁾.

Ein Antrag der Parteien auf Verweisung ist in keinem Falle notwendig⁸⁾. Die Parteihandlungen, die den beiden Normen zugrunde liegen⁹⁾, bewirken die Verweisung von Amtes wegen, was im ZPO § 133 II ausdrücklich gesagt ist.

Ueber die Regelung der vor dem erstangerufenen Gericht entstandenen Kosten schweigen sich beide Normen aus¹⁰⁾.

2. Die Praxis hat einen Fall der Ueberweisung geschaffen, der allerdings seinen Ausgangspunkt nicht in einer durch Gesetz begründeten Unzuständigkeit eines Gerichtes nimmt, der aber der Verweisung insofern sehr nahe steht, als ihm prozessökonomische Zweckmässigkeitsüberlegungen zugrunde liegen.

Wird gegen eine im summarischen Verfahren erlassene vorsorgliche Massnahme¹¹⁾ ein Rekurs ergriffen und wird während der Pendency dieses Rekurs-Verfahrens die Zuständigkeit des ordentlichen Richters für den Erlass vorsorglicher Massnahmen begründet¹²⁾, so

⁶⁾ Z. B. BV 59; NAG 6, 8; SchKG 83 II.

⁷⁾ Praktische Konsequenz dieser Differenz ist, dass GVG § 82 nicht zu helfen vermag, sofern eine absolute Frist vor der Verweisung abläuft, während die Verweisung nach ZPO § 133 II durch einen Fristablauf nicht gehindert wird.

⁸⁾ Das Rechtspflegegesetz von 1874 kannte in seinem § 100, der dem heutigen GVG § 82 entspricht, den Antrag auf Verweisung: «... nur dann an das Handelsgericht zu weisen, wenn es vom Beklagten rechtzeitig verlangt wird.»

⁹⁾ Bei ZPO § 133 II Erhebung einer Widerklage mit entsprechender Streithöhe; bei GVG § 82 Einrede der Unzuständigkeit.

¹⁰⁾ Siehe hinten II, III.

¹¹⁾ ZPO § 292, Ziff. 2.

¹²⁾ Gemäss ZPO § 131.

weicht die heutige zürcherische Praxis vom allgemeinen Grundsatz, dass die einmal begründete Zuständigkeit durch das nachträgliche Wegfallen der tatsächlichen Voraussetzungen nicht mehr berührt wird¹³⁾ ab. Nach älteren Entscheiden¹⁴⁾ konnte die Rekursinstanz über die Fortdauer oder Aufhebung der im summarischen Verfahren getroffenen Massnahmen auch dann entscheiden, wenn bereits das ordentliche Gericht zu deren Anordnung zuständig war. Diese Lösung musste, weil höchst unökonomisch, als unhaltbar aufgegeben werden, denn die Parteien konnten vor dem ordentlichen Richter, der an die von der ersten oder zweiten Instanz des summarischen Verfahrens verfügten vorsorglichen Massnahmen nicht gebunden ist¹⁵⁾, augenblicklich gegenteilige Anträge stellen. Die neuere Praxis¹⁶⁾ trat deshalb auf den Rekurs gar nicht ein und überliess dem Richter, der bereits mit dem ordentlichen Verfahren befasst war, den Entscheid über Fortdauer oder Aufhebung vorsorglicher Massnahmen.

Die neuesten Entscheide¹⁷⁾ erledigen nun das Rekursverfahren nicht einfach durch Nichteintreten, sondern überweisen die Akten direkt an das mit der Sache befasste Gericht¹⁸⁾ zur Behandlung der Rekursfragen¹⁹⁾.

Das Obergericht schreibt in seinem Entscheid vom 28. Dezember 1951 in Sachen Suter gegen Suter²⁰⁾: Dieses Vorgehen ist nicht nur zweckmässig, sondern rechtfertigt sich auch deshalb, weil die Kläger und Rekursgegner die Aenderung der Zuständigkeit erst bewirken, als die Beklagten und Rekurrenten ihren Rekurs bereits eingereicht hatten.»

Die Auferlegung der Kosten wird dem ordentlichen Gericht vorbehalten²¹⁾.

¹³⁾ Guldener I, S. 202.

¹⁴⁾ Vgl. ZR 10, Nr. 202.

¹⁵⁾ ZPO § 105.

¹⁶⁾ ZR 12 Nr. 20, 25 Nr. 209, 27 Nr. 192.

¹⁷⁾ Unveröffentlichte Entscheide der 2. Zivilkammer des Obergerichtes vom 9. März 1948 in Sachen Mapré S. A. gegen Studer, vom 24. September 1951 in Sachen Gebr. Weilenmann A.G. gegen Furrer, und vom 28. Dezember 1951 in Sachen Fa. Suter-Strehler Succre A.G. gegen Fa. Suter-Strehler GmbH. in Liq.

¹⁸⁾ In den angeführten Fällen an das Handelsgericht.

¹⁹⁾ Disp. Ziff. 1 in Sachen Suter gegen Suter (vgl. Anm. 17): «Die Akten werden zum Entscheid über die Aufhebung oder Bestätigung der vom Einzelrichter angeordneten vorsorglichen Massnahme dem Handelsgericht überwiesen; das Rekurs-Verfahren wird dadurch als erledigt abgeschrieben.»

²⁰⁾ Vgl. Anm. 17.

²¹⁾ Beschluss Ziff 4. des Urteils in Sachen Suter gegen Suter (vgl. Anm. 17): «Der Entscheid über die Kosten des Rekursverfahrens und über die Umtriebsentschädigung in diesem wird dem Handelsgericht vorbehalten.»

II. Die Verweisung nach ZPO § 133 II

ZPO § 133 II lautet: «Wird im Verfahren vor dem Einzelrichter eine Widerklage gestellt, deren Streitwert mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet die Zuständigkeit des Gerichtes übersteigt, so sind die Akten von Amtes wegen dem zuständigen Bezirksgericht zur weiteren Behandlung zu übermitteln.»

Diese Vorschrift sieht damit eine Verweisung des Prozesses vor für den Fall, dass vor dem Einzelrichter eine Widerklage gestellt wird, und dass deren Streitwert zusammen mit dem Streitwert der Hauptsache eine Summe ergibt, deren Höhe die Zuständigkeit des Einzelrichters übersteigt. Tritt dieser Fall ein, so hat der Einzelrichter die Akten von Amtes wegen dem zuständigen Bezirksgericht zur weiteren Behandlung zu überweisen.

Der formale Ausgangspunkt von ZPO § 133 II findet sich in ZPO § 22. Diese Bestimmung schreibt vor, dass im Falle einer Widerklage der Betrag der Widerklage mit dem bestrittenen Betrag der Hauptklage zusammengerechnet, den für die Zuständigkeit massgebenden Streitwert ergebe. ZPO § 133 II kommt also, im Gegensatz zur Regelung der deutschen ZPO, nur zum Zuge im Falle einer nachträglich eintretenden Unzuständigkeit, und nur, wenn diese nachträgliche Unzuständigkeit auf die Erhebung einer Widerklage zurückzuführen ist, die bewirkt, dass der Streitwert durch die Zuständigkeit des Gerichtes nicht mehr gedeckt ist. ZPO § 133 II kann hingegen keine Hilfe bringen, wenn das angegangene Gericht im Moment der Klageerhebung, also ursprünglich, unzuständig ist oder im Laufe des Verfahrens es aus irgend einem Grunde wird. In diesem Falle muss die Klage von der Hand gewiesen werden. Die Von-der-Hand-Weisung wegen Unzuständigkeit und die sich daraus ergebenden Folgen sind dann auf Grund der gegenwärtigen Regelung nicht zu vermeiden.

Eine Verweisung ist auch angezeigt im Verfahren vor Friedensrichter¹⁾, ebenso vom Bezirksgericht an das Handelsgericht²⁾. Eine Ueberweisung vom Bezirksgericht an das Handelsgericht darf in Analogie zu ZPO § 133 II nur erfolgen, wenn Klage und Widerklage, jede für sich, die sachlichen Erfordernisse zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes nach GVG § 78, Ziff. 1, erfüllen, mit Ausnahme der Streitwerthöhe³⁾. Auch der Friedensrichter darf nur dann verweisen, wenn durch eine Widerklage der Streitwert seine Kompetenz

¹⁾ ZPO § 244.

²⁾ Sträuli § 133, Anm. 4.

³⁾ Unveröffentlichter Entscheid des Bezirksgerichtes Bülach vom 9. März 1950 in Sachen Schnell gegen Glückler.

überschreitet, nicht aber, wenn er aus anderen Gründen unzuständig ist oder es wird⁴⁾).

Die Praxis interpretiert somit den Gesetzestext in dieser Richtung extensiv, da der Wortlaut von ZPO § 133 II die Verweisung ja nur im Verhältnis von Einzelrichter zum Bezirksgericht umfasst. Diese Praxis rechtfertigt sich im Hinblick auf die Stellung des Verweisungsparagraphen im Gesetz, nämlich unter den allgemeinen Vorschriften über das Hauptverfahren⁵⁾. Mehr noch drängt sich diese Auslegung auf in Betracht des Zweckes, der ZPO § 133 II zugrunde liegt: Vereinfachung des Prozessganges, Vermeidung unnötiger Umtriebe und unnötigen Zeitaufwandes. Das Obergericht äusserte sich in einem Urteil aus dem Jahre 1915⁶⁾ dahingehend, dass anzunehmen ist, «dass das Fehlen einer solchen Vorschrift, Verweisung vom Bezirks- an das Handelsgericht und vom Friedensrichter an das Bezirksgericht, bloss auf einem Versehen der Redaktion des Gesetzes beruht.»

Vor der Novelle von 1915⁷⁾ galt ZPO § 142 II, der dem jetzigen ZPO § 133 II entsprach, seinem Wortlaut nach auch im Verhältnis zu den Gewerbegerichten. Durch die neue Regelung ist eine solche Ueberweisung heute ausgeschlossen, da das Gewerbegericht seine Zuständigkeit nicht verliert, auch wenn infolge einer Widerklage der Streitwert seine Kompetenz übersteigt⁸⁾.

Die Ueberweisung der Akten, die von Amtswegen, also ohne Antrag einer Partei vorgenommen werden muss, geschieht durch einen Beschluss des den Prozess behandelnden Gerichtes oder eine Verfügung des Einzelrichters. Das technische Vorgehen ist so, dass der Prozess im Register des verweisenden Richters gestrichen und im Register des Gerichtes, an das der Rechtsstreit gewiesen wird, unter einer neuen Prozessnummer eingetragen wird. Der Prozess wird vom zweiten Gericht in dem Stadium aufgenommen und weitergeführt, in dem er sich vor dem ersten Gericht im Moment der Verweisung befand; eine Wiederholung der Hauptverhandlung findet somit nicht statt⁹⁾, ¹⁰⁾.

⁴⁾ ZR 42 Nr. 1 k.

⁵⁾ ZPO §§ 128—139.

⁶⁾ ZR 15 Nr. 230.

⁷⁾ Gesetz über Abänderung des Gesetzes vom 29. Januar 1911 betr. das Gerichtswesen im allgemeinen, des Gesetzes vom 13. April 1913 betr. den Zivilprozess und des Einführungsgesetzes vom 2. April 1911 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 7. April 1935.

⁸⁾ GVG § 15 II; Sträuli GVG § 15, Anm. 5; SJZ 32 S. 363.

⁹⁾ ZR 15 Nr. 48, Nr. 164.

¹⁰⁾ Im Hinblick auf die möglichen vom 2. Gericht zu übernehmenden Parteihandlungen und Gerichtsakte ist zu beachten, dass die Widerklage auch noch in der Antwort auf die Hauptklage, spätestens in der Duplik erhoben werden kann. Vgl. ZR 26 Nr. 132, 28 Nr. 62, 50 Nr. 13.

Obwohl das zuerst angegangene Gericht seine Zuständigkeit wegen Ueberschreitung der massgebenden Streitwerthöhe verliert, bleibt die Rechtshängigkeit bestehen¹¹⁾).

Eine andere Lösung wäre unbillig, da die dem Kläger daraus entstehenden Nachteile völlig ungerechtfertigt wären: der Kläger kann, solange eine Widerklage nicht erhoben ist, nur an das Gericht gelangen, das gemäss dem Streitwert der Hauptklage zuständig ist¹²⁾. Erhebt nun der Beklagte erst in der Hauptverhandlung eine Widerklage, deren Streitwert zusammen mit dem Streitwert der Hauptklage eine Summe ergibt, die die Zuständigkeit des Gerichtes überschreitet, so wäre es geradezu eine Aufmunterung zur Prozessverschleppung und Trölerei, wollte man annehmen, die Rechtshängigkeit werde unterbrochen.

Fällt die Widerklage, die eine Verweisung bewirkt hat, nachträglich wieder weg, oder wird die Hauptklage reduziert, so dass der Streitwert unter den für die Zuständigkeit des zweiten Gerichtes massgebenden fällt, so findet eine Rückweisung nicht statt: das mit der Sache befasste Gericht behält seine Kompetenz¹³⁾. Eine Rückweisung würde der Forderung nach speditiver Erledigung des Prozesses in hohem Masse zuwiderlaufen und dem Sinn der ZPO §§ 127, 21 II und 25 II widersprechen¹⁴⁾. Diese Regelung schadet auch den Interessen der Parteien nicht, da das urteilende Gericht ja ein «höheres» ist als das gemäss Streitwert eigentlich zuständige.

Ueber die Regelung der Kosten, die vor dem verweisenden Gericht entstanden sind, finden sich in ZPO § 133 II keine Vorschriften¹⁵⁾. Die Praxis ist nicht fest: Ein Liquidieren der Kosten vor dem ersten Gericht ist nicht notwendig¹⁶⁾. Sie können ohne weiteres auf die neue Geschäftsnummer übertragen und vom zweiten Gericht auferlegt werden¹⁷⁾. Es ist aber nicht unzulässig, die Kosten zu erheben, namentlich dann, wenn ein definitiver Entscheid möglich ist. Die normale Regelung wird die sein: Die Kosten werden derjenigen Partei auferlegt, die das unzuständige Gericht, resp. den unzuständigen Einzelrichter angerufen hat, unter Vorbehalt des Entscheides durch das Gericht, an das der Prozess verwiesen wurde.

11) Guldener I, S. 208, Anm. 57.

12) ZR 48 Nr. 111.

13) ZR 13 Nr. 180, 31 Nr. 176.

14) Dazu Sträuli ZPO § 127, Anm. 1.

15) Das Gesetz betr. Rechtspflege vom 2. Dezember 1874, Neuausgabe auf den 1. Mai 1905, regelte im § 465 die Kostenfrage im Falle der Ueberweisung so, dass der verweisende Richter die Kosten einstweilen beiden Parteien zu gleichen Teilen auferlegte.

16) Sträuli ZPO § 133, Anm. 3.

17) ZR 15 Nr. 164.

Die Gerichtskosten, die vor dem verweisenden Gericht entstanden sind, können aber auch der obsiegenden Partei definitiv auferlegt werden, wenn sie diese Kosten unnötigerweise verursacht hat¹⁸⁾.

Als Rechtsmittel ist gegen die Verweisung der Rekurs gemäss ZPO § 334, Ziff. 1, gegeben¹⁹⁾.

¹⁸⁾ Vgl. dazu ZPO § 74, gegenüber ZPO § 72; ZR 50 Nr. 6. In ZR 15 Nr. 164 findet sich ein Urteil, in dem das Obergericht eine Beschwerde abweist, die der Widerkläger erhoben hat gegen den Kostenentscheid des Einzelrichters, der ihm die Kosten ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses auferlegt hatte mit der Begründung, es sei dem Widerkläger zuzumuten gewesen, seine Widerklage schon vor dem Friedensrichter einzubringen und dadurch der Gegenpartei und dem Richter die Weiterung zu ersparen.

¹⁹⁾ Sträuli ZPO § 133.

III. Die Verweisung nach GVG § 82

GVG § 82 lautet: «Mit Zustimmung beider Parteien können Streitigkeiten, welche nach §§ 78—81 an das Handelsgericht gehören, auch an das Bezirksgericht gebracht werden. Es sind daher Handels-sachen, welche bei letzterem anhängig gemacht werden, nur dann an das Handelsgericht zu weisen, wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit erhebt.»

Diese Norm spielt nur im Verhältnis zwischen Bezirks- und Handelsgericht. Sie eröffnet die Möglichkeit, Prozesse, die gemäss GVG § 78, Ziff. 1, unter die ausschliessliche Kompetenz des Handelsgerichtes fallen, durch das Bezirksgericht beurteilen zu lassen¹⁾.

Auch diese Verweisungsnorm stellt sich dar als eine Ausnahme von der allgemein gültigen Regelung und nicht als ein grundsätzliches Institut. Das Bezirksgericht kann dann eine Klage, die nach GVG § 78 Ziff. 1 Handelssache ist, beurteilen, wenn beide Parteien zustimmen, sei es, dass sie eine entsprechende Vereinbarung treffen²⁾, sei es, dass der Beklagte vor Bezirksgericht die Einrede der Unzuständigkeit nicht erhebt, d. h. stillschweigend sich zur Sache einlässt³⁾.

Wird eine Klage, die gemäss GVG § 78, Ziff. 1, Handelssache ist, vor Bezirksgericht erhoben, ohne dass der Kläger sich vorher der Zustimmung des Beklagten versichert hat und erhebt dieser die Einrede der Unzuständigkeit, so sieht GVG § 82 Satz 2 vor, dass der Streit nicht von der Hand zu weisen, sondern an das Handelsgericht zu verweisen ist. Das technische Vorgehen entspricht demjenigen, das bei ZPO § 133 II zur Anwendung gelangt⁴⁾.

GVG § 82 stellt so lange keine besonderen Probleme, als es sich nicht um Klagen handelt, die innerhalb einer bestimmten Frist beim zuständigen Richter anhängig gemacht werden müssen⁵⁾. Für diese Fälle hat sich, nach anfänglichem Schwanken, folgende Praxis herausgebildet⁶⁾.

Der Gerichtsstand des Bezirksgerichtes wird erst begründet durch Zustimmung oder vorbehaltlose Einlassung des Beklagten; es ist nicht so, dass er durch die Klageeinreichung entsteht, und

1) Nicht vor Bezirksgericht dürfen gebracht werden die Prozesse gemäss GVG § 78, Ziff. 2. Siehe dazu Sträuli GVG § 82, Ziff. 2.

2) ZR 21 Nr. 15.

3) Sträuli GVG § 82 N 1.

4) Siehe vorn S. 76.

5) Z.B. Aberkennungsklage nach SchKG Art. 83 II.

6) ZR 48 Nr. 110, 111, 112 und unveröffentlichter Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichtes vom 23. August 1950 in Sachen Verband der Schweizerischen Textilveredelungs-Industrie gegen Firma Strub & Co.

Siehe aber S. 82, Anm. 15.

durch die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten wieder dahinfällt⁷⁾. Erhebt der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede, so wird damit das Verfahren vor Bezirksgericht erledigt, die Rechtshängigkeit unterbrochen, und das Verfahren vor Handelsgericht ist als ein neues zu betrachten, das allerdings durch die amtliche Ueberweisung in seiner Erhebung vereinfacht ist. Wenn die Verweisung aber nicht vor Ablauf einer Verwirkungsfrist erfolgen kann, so muss das Handelsgericht die Klage, eben weil das Verfahren vor Handelsgericht sich als ein neues darstellt, das mit dem vor Bezirksgericht beendeten keine Einheit bildet, wegen Fristversäumnis von der Hand weisen. Das Bezirksgericht soll in einem solchen Falle den Prozess direkt von der Hand weisen und ihn gar nicht erst dem Handelsgericht zustellen. Angesichts der Sachlage ist dieser Auffassung beizupflichten, da sie der Situation, so unerfreulich diese an sich ist, am ehesten gerecht wird: es würde den prozessökonomischen Grundsätzen zuwiderlaufen, wollte man einen Prozess, der auf alle Fälle von der Hand gewiesen werden muss, zuerst noch an ein anderes Gericht verweisen. Wenn schon keine Möglichkeit besteht, die Abweisung zu verhindern, dann sind alle weiteren Kosten und Zeitversäumnisse zu vermeiden, und die Sache soll sofort erledigt werden⁸⁾. Die Urteile⁹⁾, die GAV § 82 dann als unanwendbar erklären, wenn eine Verwirklichungsfrist abgelaufen ist, stützen sich auf die bundesgerichtliche Anwendung der bundesrechtlich normierten Fristen¹⁰⁾.

⁷⁾ ZR 48 Nr. 111: «Unzuständig wäre es insbesondere auch unter der Annahme, es habe sich um eine Klageeinleitung gemäss § 82, Satz 2 GVG gehandelt. Denn auch der hier vorgesehene Gerichtstand der Einlassung beim Bezirksgericht wurde nicht bereits mit der Anbringung der Klage beim Bezirksgericht begründet, erst mit der Nichterhebung der Einrede der Unzuständigkeit (d. i. der Einlassung) durch den Beklagten wäre er begründet, wäre eine sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichtes zur Beurteilung der Klage geschaffen worden.»

⁸⁾ Im gleichen Sinne ZR 48 Nr. 74 zu GVG § 214 II: «Es hat also aus Gründen der Prozessökonomie die Ueberweisung der am falschen Ort eingereichten Klage, wie sie § 214, Abs. 2 GVG vorsieht, zu unterbleiben, wenn schon das erst angerufene Gericht bei seiner nachträglichen Entdeckung der Einreichung am falschen Ort feststellen muss, dass das Gericht die Klage seinerseits von der Hand weisen müsste, weil eine Prozessvoraussetzung — hier die Einhaltung der Verwirkungsfrist, die sich der Anwendung des § 214 GVG entzieht — nicht erfüllt ist. Die Vonderhandweisung ist alsdann bereits durch das erstangerufene Gericht zu beschliessen.»

⁹⁾ Vgl. S. 79, Anm. 6.

¹⁰⁾ ZR 48 Nr. 110: «Das Bundesgericht hat stets den absoluten Charakter der zehntägigen Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage betont und wiederholt entschieden, sie dürfe unter keinen Umständen erstreckt werden.» BGE 49 III 67: «Les détails doivent être observés uniformément dans tous les cantons. Il n'est pas admissible, en particulier que l'action en libération de cette introduite devant un tribunal incompétent puisse être considérée comme existante dans certains cantons et n'existante dans d'autres.» Siehe aber dazu BGE 75 III 73 ff; S. 82, Anm. 15.

Es ergibt sich somit, dass gemäss jetziger Praxis in allen Fällen, in denen eine Verwirkungsfrist vorliegt, nicht auf die Ueberweisung von GVG § 82 gebaut werden kann, da der Kläger damit rechnen muss, sofern nicht eine ausdrückliche Vereinbarung dies ausschliesst, dass der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede erhebt und damit in der Regel bewirkt, dass die Klage wegen Verspätung von der Hand gewiesen werden muss.

Konsequenz daraus ist, dass in allen Fällen, in denen eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist beachtet werden muss, und in in denen nicht klar zutage tritt, ob eine Handelssache vorliegt oder nicht, beim Handels- und Bezirksgericht zugleich geklagt wird. Dieses Vorgehen ist, soweit die Verhältnisse liegen, bestimmt der sicherste Modus zur Vermeidung schwerwiegender nachteiliger Folgen, kann aber im Hinblick auf die Forderungen der Prozessökonomie und der Prozesshygiene keineswegs befriedigen. Es muss allerdings festgehalten werden, dass die neuere Praxis den Begriff der Handelsstreitigkeiten so weit fasst, dass in der Mehrzahl aller Fälle keine Zweifel über die Natur einer Streitsache auftreten können¹¹⁾. Liegt aber zweifelsfrei eine Handelssache vor, so ist nicht einzusehen, weshalb der Kläger nicht das Gericht, das eigens zum Zwecke der Entscheidung von Handelsstreitigkeiten geschaffen wurde und entsprechend organisiert ist, anrufen soll. Es gibt allerdings Gründe, die dafür sprechen, einen Streit, der seiner Natur nach Handelssache ist, vor Bezirksgericht zu bringen: Das Urteil des Bezirksgerichtes kann evtl. noch an zwei¹²⁾, dasjenige des Handelsgerichtes auf alle Fälle nur noch an eine Instanz¹³⁾ weitergezogen werden; ferner können im Instanzenzug, der sich an das Bezirksgericht anschliesst, noch Noven vorgebracht werden¹⁴⁾, bei einem Weiterzug des handelsgerichtlichen Urteils werden hingegen nur noch die reinen Rechtsfragen überprüft, Noven werden nicht angehört.

Der Kläger wird somit gut daran tun, eine Klage in Handels-sachen, sofern die Einbringung innert einer absoluten Frist erfolgen muss, unter Verzicht auf die eben erwähnten Vorteile, beim Handelsgericht anzubringen. Steht aber die Klage in Handelssachen nicht unter einer absoluten Frist, so kann er ohne Gefahr sich an das

¹¹⁾ ZR 44 Nr. 142 Erw. 3: «Was nun das Erfordernis der Beziehungen zum Gewerbe im Sinne von § 78, Ziff. 1 GVG anbelangt, ist die Rechtssprechung im Laufe der Zeit dazu gelangt, die Zuständigkeit des Handelsgerichtes zu bejahen, sobald nur irgend ein, sei es auch noch so loser Zusammenhang, zwischen dem Streitgegenstand und dem Gewerbe des Beklagten besteht.» Vgl. ferner ZR 32 Nr. 9, 39 Nr. 8, 40 Nr. 140.

¹²⁾ Obergericht, Bundesgericht.

¹³⁾ Bundesgericht.

¹⁴⁾ ZPO § 317; Fehr S. 87 ff.

Bezirksgericht wenden; dieses wird den Streit entscheiden, oder aber auf die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten hin von Amts wegen an das Handelsgericht verweisen¹⁵⁾).

Die Weisung an das Bezirksgericht bildet selbstverständlich die Grundlage auch für das Verfahren vor Handelsgericht, da es ja gerade der Zweck des GVG § 82 ist, unnötige Umtriebe, wie es eine neue Aufnahme des Streites vor Friedensrichter wäre, zu vermeiden¹⁶⁾).

Ueber die Kosten kann das Bezirksgericht entscheiden oder aber dies auch dem Endentscheid des Handelsgerichtes überlassen¹⁷⁾).

Gegen eine Ueberweisung nach GVG § 82 ist der Rekurs möglich¹⁸⁾).

¹⁵⁾ Die geschilderte Praxis (S. 79 bis 82) wird sich in Ansehung von BGE 75 III 73 ff wohl kaum aufrecht erhalten lassen.

In diesem Entscheid ändert das Bundesgericht seine bisherige Praxis (vgl. BGE 44 III 179, 49 III 67): kantonale Verweisungsnormen haben, auch wenn sie erst nach Ablauf einer bundesrechtlich normierten Verwirkungsfrist zum Zuge kommen, dann Bestand, wenn die Klage über die Verweisung hinaus rechtshängig bleibt. Entscheidend für die Anwendbarkeit von kantonalen Verweisungsbestimmungen im Hinblick auf absolute bundesrechtliche Fristen ist somit nicht mehr der Zeitpunkt der Verweisung, der bis anhin innerhalb der Frist liegen musste, sondern das ununterbrochene Andauern der Rechtshängigkeit über die Verweisung hinaus. Die Fortdauer der Rechtshängigkeit im Falle der Verweisung beurteilt sich nach kantonalem Recht (BGE 75 III 78). Es ist nun zu überprüfen, ob die Verweisung nach GVG § 82 die Rechtshängigkeit fortdauern lässt oder sie unterbricht:

Der Text von GVG § 82 schliesst eine Fortdauer der Rechtshängigkeit nicht aus; ebensowenig lassen sich aus der Lehre über die Rechtshängigkeit (vgl. Guldener I S. 199 ff, besonders Abschnitt II, Ziff 4) Bedenken gegen eine Fortdauer der Rechtshängigkeit schöpfen. Auch das technische Vorgehen bei der Verweisung (siehe dazu vorn S. 74) spricht für eine Fortdauer der Rechtshängigkeit (BGE 75 III 77, zit. hinten S. 80).

Wenn sich somit eine Fortdauer der Rechtshängigkeit über die Verweisung hinaus sehr gut vertreten lässt, ist nicht einzusehen, weshalb die zürcherische Rechtssprechung von den Möglichkeiten, die die Praxisänderung des Bundesgerichts eröffnet, keinen Gebrauch machen sollte. GVG § 82 würde dadurch eine wesentlich grössere Bedeutung erlangen.

¹⁶⁾ Unveröffentlichter Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichtes vom 23. August 1950 in Sachen Verband der Schweizerischen Textilveredelungs-Industrie gegen Fa. Strub & Co.

¹⁷⁾ Vgl. Anm. 16.

¹⁸⁾ Sträuli GVG § 82.

IV. De lege ferenda

1. Grundsätzliches

Ist die Einschaltung eines allgemeinen Verweisungsparagraphen notwendig, nur wünschenswert oder überhaupt überflüssig?

Sicherlich ist die heutige Situation nicht dergestalt, dass die Einführung einer generellen Verweisung, etwa im Sinne des § 276 der deutschen ZPO, als notwendig erachtet werden müsste. Anderseits aber zeigt die Praxis doch immer wieder Fälle, in denen die Gerichte gezwungen sind, eine Klage wegen Unzuständigkeit von der Hand zu weisen. Im Hinblick auf diese Fälle, allerdings nur soweit sie überhaupt einer kantonalen Verweisungsvorschrift zugänglich sind, kann nun bestimmt gesagt werden, dass eine Verweisungsnorm wünschenswert wäre, würde sie doch erlauben, diese Prozesse schneller und billiger zur Abklärung zu bringen. Es muss zwar zugegeben werden, dass der Nutzen einer Verweisungsvorschrift, im Rahmen des gesamten Zivilprozesses gesehen, deshalb nicht sehr gross sein wird, weil sie nach dem jetzigen Stand von Gesetzgebung und Praxis nur dort Anwendung finden kann, wo sowohl verweisendes wie angewiesenes Gericht ein zürcherisches ist, währenddem sie in all den Fällen, in denen ein nichtzürcherisches Gericht kompetent ist, keine Hilfe bringen kann. Zudem bewirken die bundesrechtlichen Zuständigkeits-Vorschriften¹⁾ eine weitere Einschränkung der Anwendungsmöglichkeiten der Verweisung. Diesen Einwendungen kann die lapidare Ueberlegung gegenübergestellt werden, dass ein auch bescheidener Beitrag zur Vereinfachung des Prozessganges, zur Reduktion von Kosten, Zeit- und Arbeitsaufwand eben doch besser ist als keiner. Wenn eine kantonale Verweisungsnorm nur in geringem Ausmasse mithelfen kann, die grundsätzliche Forderung nach grösstmöglicher Einfachheit, Raschheit und Billigkeit des Prozesses zu verwirklichen, so kann dies m. E. nicht zum Schluss führen, diese Möglichkeit sei überhaupt ausser acht zu lassen, sondern viel eher zum Postulat nach Schaffung der Voraussetzungen grösserer Wirksamkeit der Verweisung. Diese Voraussetzungen können aber nur auf gesamtschweizerischem Boden geschaffen werden²⁾. Es soll damit nicht einer Vereinheitlichung des gesamten Zivilprozesses das Wort geredet sein, wohl aber einer einheitlichen, einer bundesrechtlich normierten Ausgestaltung der Zuständigkeits-Ordnung. In einer für alle Kantone verbindlichen Zuständigkeits-Ordnung käme einer Verweisungsbestimmung ohne Zweifel grosse Bedeutung zu.

¹⁾ Z. B. BV 59; NAG Art. 6, 8; ZGB Art. 144, 261.

²⁾ Hinsichtlich der bundesrechtlichen Verwirkungsfristen hat die Praxisänderung des Bundesgerichts (BGE 75 III 73 ff) der Verweisung neue und wesentliche Möglichkeiten eröffnet (vgl. dazu S. 82, Anm. 15).

Es sei in diesem Zusammenhang auf die Regelung der deutschen ZPO hingewiesen, die sich in ihrer äusserst rigoros auf die Bedürfnisse der Prozessökonomie zugeschnittenen Ausgestaltung³⁾ glänzend bewährt hat und die sich aus dem deutschen Zivilprozess kaum mehr wegdenken lässt⁴⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die praktische Bedeutung der Verweisung als Prozess-Institut im wesentlichen abhängig ist von der Grösse des Rechtspflegegebietes, in dem sie im Rahmen einer einheitlichen Zuständigkeitsordnung wirkt, und von der Ausgestaltung dieser Zuständigkeitsordnung selber: je grösser das Rechtspflegegebiet und je komplizierter die Zuständigkeitsordnung, desto dringender die Notwendigkeit einer grundsätzlichen Verweisung; je kleiner das Rechtspflegegebiet und je einfacher die Zuständigkeitsordnung, desto geringer die Bedeutung einer allgemeinen Verweisungsvorschrift.

Wenn oben⁵⁾ erklärt wurde, dass, ungeachtet der verhältnismässig geringen Bedeutung im kleinen Rechtspflegegebiet mit relativ einfacher Zuständigkeitsordnung, die Verweisung doch als ein Instrument der Prozessökonomie Anwendung finden soll, so heisst das nicht, dass das Institut in derselben Ausgestaltung übernommen werden darf, in der es sich unter grösseren Verhältnissen präsentiert und bewährt. Besonders drastisch werden die Abweichungen dann ausfallen müssen, wenn das Rechtspflegegebiet, wie das für den Kanton Zürich zutrifft, rechtlich nicht autonom ist, wenn durch übergeordnete Normen direkt⁶⁾ und indirekt⁷⁾ auf den Zivilprozess Einfluss genommen wird.

Es ist unverkennbar, dass diese notwendigen Abänderungen zu einer gewissen Verwässerung des Institutes der Verweisung führen⁸⁾. Meines Erachtens kann jedoch auch bei voller Berücksichtigung der engen räumlichen Wirksamkeit und der übergeordneten Vorschriften von einer Verweihungsbestimmung eine Wirkung erwartet werden, die ihre Aufnahme in die ZPO rechtfertigt.

³⁾ Deutsche ZPO § 276: Bindende Kraft des Verweisungsbeschlusses. keinerlei Rechtsmittel gegen die Verweisung.

⁴⁾ Wie stark die Verweisung im deutschen Zivilprozess verankert ist, zeigte sich im Gespräch mit deutschen Richtern und Juristen sehr deutlich, denen es unbegreiflich schien, dass eine Zivilprozessordnung ohne weitgehende Verweisung auskommen könne. Allerdings ergab sich, dass die Verweisung auch in deutschen Verhältnissen an praktischer Bedeutung stark einbüssen würde, wenn man sie auf den Sprengel eines Landgerichtes, das ungefähr dem des zürcherischen Obergerichtes entspricht, reduzierte.

⁵⁾ S. 83.

⁶⁾ Z. B. GVG § 78, Ziff. 2.

⁷⁾ Z. B. durch BV 59; SchKG Art. 83 II.

⁸⁾ Wenn man als Ausgangspunkt eine straffe, die Prozessökonomie konsequent in den Vordergrund stellende Ausgestaltung annimmt, wie sie z. B. die deutsche Prozessordnung getroffen hat.

2. Vorschlag

Nach ZPO § 19 wäre einzustellen ein § 19 a:

Ergibt sich die Unzuständigkeit eines Gerichtes, so hat sich dieses, sofern die Unzuständigkeit nicht durch grobes Verschulden des Klägers bedingt ist, durch Beschluss für unzuständig zu erklären und auf Antrag den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Die Verfahren vor den beiden Gerichten bilden eine Einheit, die Rechtshängigkeit bleibt bestehen.

Ueber die Kosten beider Verfahren entscheidet das Gericht, an das verwiesen ist. Mehrkosten, die durch die Anrufung des unzuständigen Gerichtes entstanden sind, werden dem Kläger unabhängig vom Ausgange der Streitsache auferlegt.

A) Bemerkungen zum Vorschlag

a) Die Einstellung der Verweisung unter die allgemeinen Bestimmungen der ZPO bringt zum Ausdruck, dass die Verweisung in allen Verfahren, die durch die ZPO geregelt werden, zur Anwendung kommt; eine ausführliche Stipulierung der durchgehenden Anwendbarkeit im Gesetzestext erübrigt sich damit⁹⁾. Indem durch die Einführung der Verweisungsnorm an dieser Stelle alle Verfahren erfasst sind, werden die Zuständigkeits-Paragraphen der verschiedenen Verfahren von Hinweisen oder eigenen Verweisungsklauseln entlastet. Dadurch wird nicht nur eine einheitlichere Handhabung der Verweisung erzielt, sondern das Gesetz auch einfacher und übersichtlicher gestaltet.

b) Durch die Formulierung des ersten Halbsatzes werden alle Formen der Unzuständigkeit erfasst. Praktisch werden allerdings nur die örtliche und sachliche Unzuständigkeit Anlass zu Streit geben. Es ist aber, besonders im Hinblick darauf, dass der Kanton Zürich den Anwaltszwang nicht kennt, immerhin denkbar, dass ein funktionell unzuständiges Gericht angegangen wird. Es ist m. E. kein Grund vorhanden, in diesen Fällen eine Ueberweisung auszuschliessen. Der erste Halbsatz drückt ferner aus, dass eine Verweisung stattfindet sowohl bei ursprünglich wie auch bei nachträglich, etwa durch Erhebung der Widerklage, eintretender Unzuständigkeit.

c) Der Ausschluss der Verweisung, wenn ein grobes Verschulden des Klägers die Unzuständigkeit bedingt hat, erscheint angebracht, um Missbräuche auszuschliessen. Ohne diese Sicherheitsmassnahmen

⁹⁾ Vgl. S. 57, Anm. 9.

wäre es z. B. denkbar, dass bei Anhebung des Prozesses sich der Kläger der Prüfung der Zuständigkeitsfrage überhaupt entschlägt, die Klage aus Bequemlichkeit einfach beim nächsten Friedensrichter einreicht in der Absicht, diesen auf Grund des Verweisungsparagraphen zur Ermittlung des zuständigen Richters zu zwingen. Die ausdrückliche Forderung, dass nur grobes Verschulden den Richter von der Verweisung entbindet, bietet dafür Gewähr, dass tatsächlich nur liederlicher Prozessführung und bewusstem Missbrauch des Institutes ein Riegel gestossen ist.

d) Denkbar wäre auch eine Verweisung von Amts wegen, also ohne Antrag des Klägers. Das Prinzip der Partei-Disposition, ein Grundsatz, der in der Zürcher ZPO in hohem Masse durchgeführt wird, verlangt aber, dass der Kläger im Falle der Unzuständigkeit des von ihm angerufenen Gerichts den Prozess von der Hand weisen lassen kann. Dies ist aber nur möglich, wenn er entweder die Möglichkeit hat, auf den Verweisungsantrag zu verzichten, oder aber, im Falle einer Verweisung von Amts wegen, dieser zu widersprechen. Die erstere Lösung erscheint als die einfachere und als die den Umständen besser angepasste; sie verdient deshalb den Vorzug. Die Gefahr, dass der Rechtsuchende, der nur über geringe Rechtskenntnisse verfügt, den Antrag versäumt, ist deshalb nicht hoch anzuschlagen, weil der Richter darauf zu dringen hat, dass die Parteien die zweckdienlichen Anträge stellen¹⁰⁾. Er hat also den Kläger gegebenenfalls auf den Verweisungsantrag aufmerksam zu machen.

e) Der Grundgedanke der Verweisung liegt darin, dass der Rechtsstreit vom zweiten Gericht weitergeführt wird und nicht neu angehoben werden muss. Dieses fundamentale Element der Verweisung soll dadurch mit aller Deutlichkeit betont werden, dass im Gesetzestext die Verfahren vor dem zuerst angerufenen Gericht und demjenigen, an das verwiesen ist, ausdrücklich als Einheit bezeichnet werden. So können keine Zweifel darüber entstehen, dass Gerichtsakte und Parteihandlungen, die im Verfahren vor dem ersten Gericht ergingen, auch vor dem zweiten Gericht ihre volle Gültigkeit behalten¹¹⁾.

Mit der ausdrücklichen Stipulierung der Fortdauer der Rechtshängigkeit soll die Anwendung der Verweisung auch in den Fällen gesichert werden, in denen sie erst nach Ablauf einer bundesrechtlichen Verwirkungsfrist erfolgt¹²⁾: Das Bundesgericht hat in Aende-

¹⁰⁾ ZPO § 96.

¹¹⁾ Vgl. den Fall, dass während eines langwierigen Prozesses alle Richter ausgetauscht werden.

¹²⁾ Vgl. dazu S. 82, Anm. 15.

rung der bisherigen Praxis entschieden¹³⁾, dass die Verwirkungsfolgen einer beim unzuständigen Richter eingereichten Klage¹⁴⁾ nicht eintreten, sofern die Klage während ihres Laufes rechtshängig bleibt. Das Kriterium zur Entscheidung der Frage, ob Klagen, die an eine bundesrechtlich normierte Verwirkungsfrist gebunden sind, auch nach Ablauf der Verwirkungsfrist mit Erfolg verwiesen werden können, ist also die Fortdauer der Rechtshängigkeit über die Verweisung hinaus. Die Bedingung der anhaltenden, ununterbrochenen Rechtshängigkeit «ist bei Anrufung eines unzuständigen Richters zweifellos dann erfüllt, wenn dieser die Klage direkt an den zuständigen Richter weist, gleichgültig, ob er es von sich aus oder auf Antrag des Klägers tut»¹⁵⁾. Es ist Sache des kantonalen Prozessrechts, gegebenenfalls der kantonalen Rechtssprechung, die Frage der Weiterdauer der Rechtshängigkeit in den in Frage kommenden Fällen zu regeln¹⁶⁾, und deshalb ist es angezeigt, die Fortdauer der Rechtshängigkeit über die Verweisung hinaus in aller Deutlichkeit zu normieren.

f) Die Zuweisung der Kostenentscheidung an das zweite Gericht findet seine Rechtfertigung in der Einheit der beiden Verfahren. Dass der Kläger die Mehrkosten, die durch die Anrufung eines unzuständigen Gerichtes entstehen, auch dann tragen muss, wenn er in der Hauptsache obsiegt, entspricht einem Gebot der Billigkeit.

Als einziger Schutz gegen leichtfertige Klageerhebung vor einem unzuständigen Gericht dürfte die Auferlegung der Mehrkosten nicht genügen, da diese in den meisten Fällen sehr gering sein werden. Deshalb wurde, im Gegensatz zur deutschen Regelung, eine eigentliche Schutzbestimmung aufgenommen¹⁷⁾.

g) Das Gericht, an das verwiesen ist, darf nicht zurückverweisen. Dies ergibt sich so deutlich aus Sinn und Zweck des Institutes, dass sich die Normierung im Text erübrigt. Wäre die Rückverweisung zulässig, könnte mit ihr das Institut der Verweisung ad absurdum geführt werden, indem ein Rechtsstreit von dem einen Gericht an das zweite, von diesem wieder an jenes usw. «hin- und hergewiesen» werden könnte. Das gleiche gilt sinngemäss für die Weiterverweisung. Betrachtet sich das Gericht, an das verwiesen wird, für unzuständig, so hat es die Klage von der Hand zu weisen, wogegen die Parteien Rechtsmittel einlegen können. Der Rechtsmittelinstanz steht es zu,

¹³⁾ BGE 75 III 73 ff.

¹⁴⁾ Im entschiedenen Falle handelt es sich um eine Arrestprosequierungsklage nach SchKG 278 II.

¹⁵⁾ BGE 75 III 77.

¹⁶⁾ BGE 75 III 78.

¹⁷⁾ Siehe dazu vorn S. 85 f.

den Prozess definitiv an das von ihr als zuständig erachtete Gericht zu weisen.

h) Ein Verbot der Verweisung an ein ausserkantonales Gericht, wie es die waadtländische Zivilprozessordnung in ihrem § 94 und die freiburgische in ihrem § 45 kennt, wurde absichtlich nicht in den Vorschlag aufgenommen. Es ist nämlich denkbar, dass die Praxis einen Weg sucht und findet, auch über die Kantons Grenzen hinaus zu verweisen. Gerade in dieser Beziehung hält es bestimmt leichter, auf dem Wege über die Praxis eine erfolgsversprechende Regelung zu erreichen, als über die kantonalen Gesetzgeber. Ein solches Experiment, und das wäre eine Verweisung an ein ausserkantonales Gericht, wäre sehr zu begrüßen, müsste sein Gelingen doch als entschiedener Fortschritt in prozessökonomischer Hinsicht gewertet werden. Da ein solcher Versuch für die Parteien keinerlei Gefahren in sich birgt, wäre es sicher verfehlt, der Praxis durch ein striktes Verbot diese Lösungsmöglichkeit zu verbauen.

B) Vergleich mit der deutschen Regelung

Vergleicht man den vorstehenden Entwurf mit dem deutschen Verweisungsartikel, so ergeben sich in zwei Punkten entscheidende Differenzen. Das deutsche Recht stattet den Verweisungsbeschluss mit bindender Kraft aus gegenüber dem Gericht, an das verwiesen ist, und verweigert den Parteien in absoluter Form die Rechtsmittel gegen den Verweisungsbeschluss. Ohne Zweifel ist die tiefgreifende Wirkung der deutschen Verweisungsbestimmung auf die Verbilligung und Vereinfachung des gesamten deutschen Prozessverfahrens zu erheblichen Teilen darauf zurückzuführen, dass durch die Bindung des zweiten Gerichtes und durch den Ausschluss des Instanzenweges die zeitraubende und kostspielige Nachprüfung der Zuständigkeitsfrage unterbleibt. Die Erfahrungen, die mit der deutschen Verweisung gemacht wurden, geben der Auffassung recht, dass die Gefahr einzelner rechtsirrtümlicher Verletzungen der Zuständigkeitsvorschriften hinter der eminent prozessökonomischen Wirkung der Verweisung, die ihr eben dank ihrer bindenden Kraft und ihrer Unanfechtbarkeit zukommt, als gering anzuschlagen ist. Für die Ausstattung des Verweisungsinstitutes mit bindender Kraft und Unanfechtbarkeit kann auch der Umstand ins Feld geführt werden, dass die Zuständigkeit des zweiten Gerichtes ja von einem Richter geprüft und bestimmt wird¹⁸⁾. Trotz diesen bestechenden Vorteilen der beiden Elemente ist es m. E. nicht angezeigt, auch im zürcherischen Zivilprozessrecht eine Verweisung in der nämlichen Art mit

¹⁸⁾ Dem verweisenden Richter.

bindender Kraft und Unanfechtbarkeit zu versehen. Es sind einerseits psychologische, anderseits aber sehr gewichtige praktische Gründe, die dagegen sprechen. Die Grundsätze, dass jedes Gericht seine Zuständigkeit selber bestimmt, und dass den Parteien gegen alle wesentlichen richterlichen Beschlüsse ein Rechtsmittel in Bezug auf die Zuständigkeit gegeben sein muss, sind in unserem Rechtsdenken derart tief verwurzelt, dass Bestimmungen, die sich über diese Prinzipien als stossend und ganz besonders als untragbar empfunden würden¹⁹⁾, im Hinblick auf die praktischen Schwierigkeiten, die aus einer solchen Regelung erwachsen würden. In zürcherischen Verhältnissen muss darauf Bedacht genommen werden, dass in vielen Fällen ein nicht-zürcherisches Gericht letztinstanzlich entscheidet, ein Gericht, das der kantonalen Verweisungsnorm nicht unterworfen ist. Würde einer zürcherischen Verweisungsbestimmung bindende Kraft und Unanfechtbarkeit zugemessen, so müsste diese Vorschrift in einer ganzen Anzahl von Fällen ins Leere stossen, immer dann nämlich, wenn bundesrechtliche Vorschriften ihr entgegenstehen²⁰⁾, und wenn die Zuständigkeitsfrage dem Bundesgericht zur Ueberprüfung vorgelegt werden kann. Hier ist auf den engen Zusammenhang zwischen der bindenden Kraft und der Unanfechtbarkeit hinzuweisen: das kantonale Zivilprozessrecht könnte wohl ein kantonales Gericht an einen Verweisungsbeschluss eines anderen kantonalen Gerichtes binden, es kann den Parteien aber nicht den Weiterzug an das Bundesgericht verwehren, und es kann vor allem das Bundesgericht nicht daran hindern, das gebundene Gericht als unzuständig zu erklären. Bindende Kraft und Unanfechtbarkeit sind voneinander abhängig, denn was nützt es, ein Gericht durch den Beschluss eines anderen zu binden, wenn die Parteien gegen den Beschluss angehen können und ein übergeordnetes Gericht, das an den Verweisungsbeschluss nicht gebunden ist, diesen aufheben kann? Ein Verweisungsinstitut mit bindender Kraft und Unanfechtbarkeit wäre nur auf eidgenössischem Boden sinnvoll²¹⁾.

¹⁹⁾ Vgl. hiezu die Entwicklungsgeschichte der deutschen Verweisung, vorn S. 54 ff.

²⁰⁾ Dazu Giacometti S. 901 ff, 839 f, 424.

²¹⁾ Auch hier gilt, was vorn S. 83 f (Postulat der Vereinheitlichung der Zuständigkeitsordnungen) gesagt worden ist.

V. Anhang

Eine Prozessverweisung kennen ferner die Kantone Graubünden, Waadt und Freiburg.

Graubünden

Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen vom 1. Januar 1908, § 114 II:

«Ist das angerufene Gericht nicht kompetent, so übermittelt es die Akten des Vorverfahrens dem zuständigen Gerichte.»

Waadt

Code de Procédure Civile du 20 novembre 1911, § 94:

«Le déclinatoire étant admis, la cause est répartée, dans l'état où elle se trouve, devant le tribunal compétent, si elle relève d'un tribunal du canton. Si la cause relève d'un tribunal étranger au canton le demandeur est éconduit de son instance.»

Vgl. hiezu: Journal de Tribunaux 1932 III, S. 74.

Freiburg:

Civil-Prozess-Ordnung vom 12. Oktober 1849

§ 44:

«Ist die Einwendung der Unzuständigkeit als begründet anerkannt worden, so wird die Rechtsstreitigkeit in dem Zustande, in welchem sie sich befindet, bei dem kompetenten Gericht anhängig gemacht, wenn dieselbe vor ein Gericht des Kantons gehört.»

§ 45:

«Gehört die Streitigkeit vor ein fremdes Gericht, so wird der Kläger mit seinem Gesuche abgewiesen.»

Lebenslauf

Am 30. September 1924 in Wallisellen geboren, besuchte ich in der gleichen Gemeinde die Primar- und Sekundarschule, absolvierte dann das Unterseminar in Küsnacht und das Oberseminar in Zürich und war anschliessend während drei Jahren in verschiedenen zürcherischen Schulen als Vikar und Verweser tätig. Im Herbst 1947 immatrikulierte ich mich als Werkstudent an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und schloss meine Studien im Februar 1953 ab.



